

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución
de Controversias de la Universidad Monteávila

PRINCIPIA

No. 4 - 2021



Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la
Resolución de Controversias de la
Universidad Monteávila

No. 4-2021

Principia No. 4-2021
Hecho en Depósito de Ley: MI20200000591
ISSN: 2739-0055
Caracas, Venezuela
Principia es una Revista de publicación semestral



Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias
de la Universidad Monteávila

Final Ave. Buen Pastor, Boleíta Norte, Caracas, Venezuela

cierc@uma.edu.ve

Teléfonos: (+58 212) 232.5255 / 232.5142 – Fax: (+58 212) 232.5623

Web: www.cierc.com

**DIRECCIÓN DEL CENTRO DE
INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS PARA LA
RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

Fernando Sanquírigo Pittevil

Director del CIERC

Carmine Pascuzzo S

Subdirector de Investigación

Ramon Escovar Alvarado

Subdirector de Estudios

DIRECCIÓN EDITORIAL

Magdalena Maninat Lizarraga

Directora

Caterina Jordan Procopio

Coordinadora Consejo Editorial

Alejandro Ramírez Padrón

Asistente Consejo Editorial

Diego Castagnino

Asesor del Consejo Editorial

CONSEJO EDITORIAL

Carlos Soto Coaguila

Harout Samra

Mario Bariona Grassi

Adriana Vaamonde Marcano

Carmine Pascuzzo S

Fernando Sanquírigo Pittevil

Carlos Caricles Bolet

Rodrigo Farías Díaz

HECHO EL DEPÓSITO DE LEY: MI2020000591

ISSN: 2739-0055

Principia, su Dirección y Consejo Editorial, no se hacen responsables del contenido de los artículos, ni de las opiniones expresadas por sus autores, ya que las opiniones e ideas aquí expresadas pertenecen exclusivamente a ellos

Contenido

The Arbitration Advocacy

Interview conducted by CIERC's Director to Professor Gary Born

pág 11

Medidas correctivas del Laudo Arbitral, con especial referencia al Reenvío del Laudo al Tribunal Arbitral

Jenifer Alfaro Borges

pág 19

Selección de Árbitros: Consideraciones relevantes para tomar una decisión

Ricardo Chirinos

pág 41

Confidencialidad del Arbitraje, Transparencia y Estado de Derecho

Huáscar Ezcurra Rivero y Daniel Masnjak Marín

pág 55

Una mirada a todos los Mecanismos de Solución de Disputas en el nuevo Tratado México-Estados Unidos-Canadá (T-MEC): de Inversiones, Comerciales, Laborales y Medioambientales

Marlon M. Meza-Salas

pág 80

Corrupción: un problema más allá de la arbitrabilidad

Fernando Sanquírigo Pittevil

pág 106

El Control Constitucional del Laudo a través del Amparo. Análisis desde la perspectiva del Ordenamiento Jurídico Salvadoreño

Mardoqueo Josafat Tóchez Molina

pág 119

Normas Editoriales de Principia

pág 135

Una mirada a todos los Mecanismos de Solución de Disputas en el nuevo Tratado México-Estados Unidos-Canadá (T-MEC): de Inversiones, Comerciales, Laborales y Medioambientales

Marlon M. Meza-Salas*

Resumen: En el presente artículo abordamos los distintos mecanismos regulados bajo el T-MEC que entró en vigencia el pasado 1 de julio de 2020, para solucionar toda clase de diferencias que puedan surgir en el marco del nuevo tratado comercial. No nos hemos limitado a referirnos a las disputas sobre inversiones, a las que suele prestárseles mayor atención porque son las que se plantean entre algún inversionista y el Estado receptor de la inversión, en los casos en que ello se permite bajo el nuevo tratado. También abordamos aquí los mecanismos para solucionar las diferencias que puedan surgir en el plano comercial entre los propios Estados Partes, o por asuntos laborales y medioambientales. Muchos de esos mecanismos ya se contemplaban en el tratado predecesor del T-MEC: el TLCAN, y se han incorporado al T-MEC con algunas variantes. En estas notas reseñamos las principales características de todos los mecanismos de solución de disputas bajo el nuevo T-MEC, y las principales innovaciones respecto al TLCAN.

Abstract: In this paper we address the different mechanisms regulated under the USCAM that entered into force on July 1, 2020, to solve all types of differences that may arise within the framework of the new trade agreement. We have not limited ourselves to referring to investment disputes, which tend to receive greater attention because they are those that arise between an investor and the host State of the investment, in cases where this is allowed pursuant to the new treaty. We also address here the mechanisms to resolve differences that may arise in the commercial sphere between

* Abogado (Universidad Católica del Táchira, 1991) y *Foreign Legal Consultant* (Texas Bar). Curso de Especialización para Expertos Latinoamericanos sobre la dimensión social de los tratados de libre comercio (OIT, Università di Bologna y Universidad de Castilla-La Mancha, 2003). Especialización en Derecho del Trabajo (Universidad Central de Venezuela, 2007). *Certificate Program in International Commercial Arbitration* (American University-Washington College of Law, 2016). Ex profesor de Derecho Laboral y Procesal (Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Católica del Táchira, 2004-2014). Desde 2015 trabajó en el área de Litigios y Asuntos Regulatorios de una importante firma legal global en sus oficinas de Houston, Texas, USA, concentrando su práctica en arbitrajes internacionales. Actualmente mantiene una práctica independiente como árbitro, experto y consultor en litigios y arbitrajes internacionales. Los comentarios son bienvenidos (marlonmezas@gmail.com).

the States Parties themselves, or due to labor and environmental issues. Many of these mechanisms already existed in the USCAM's predecessor treaty: the NAFTA, and they have been incorporated into the USCAM with some variations. In these notes we review the main characteristics of all dispute settlement mechanisms under the new USCAM, and the main innovations with respect to NAFTA.

Palabras Claves: T-MEC; TLCAN; Resolución de Disputas; Disputas sobre Inversiones; Disputas Comerciales; Disputas Laborales; Disputas Ambientales.

Keywords: USCAM; NAFTA; Dispute Resolution; Investment Disputes; Commercial Disputes; Labor Disputes; Environmental Disputes.

Sumario: I. Introducción, II. Disputas en Materia de Inversiones en el T-MEC, A. Supervivencia temporal del TLCAN para arbitrar disputas sobre inversiones, B. Arbitraje inversionista-Estado según nacionalidad del inversionista y país receptor de la inversión, III. Remedios Comerciales y Resolución de Disputas Comerciales entre los Estados Partes, A. Remedios Comerciales, B. Solución de Controversias Comerciales, IV. Disputas en Materia Laboral, V. Disputas en Materia Ambiental, VI. Conclusiones y Perspectivas

I. Introducción

La globalización trajo consigo una enorme liberalización y eliminación de barreras al comercio. En las últimas décadas hemos sido testigos de un imparable proceso de firma de tratados comerciales en todo el mundo. La gama y variedad de acuerdos ha sido amplia, pero una característica común ha sido la construcción de bloques comerciales entre países, que por lo general se suelen clasificar como acuerdos de integración regional, o tratados de libre comercio (TLC), tanto bilaterales como multilaterales¹. La Unión Europea ha constituido sin duda el ejemplo más acabado dentro de los esquemas de integración, siendo calificada como el proceso de integración más profundo en

el mundo, por contraposición a otros procesos de integración considerados de mediana intensidad como el MERCOSUR o la Comunidad Andina de Naciones, y aún otros de menor intensidad llamados de bajo perfil, dentro de los cuales se solía incluir al hoy extinto Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, o NAFTA por sus siglas en inglés: *North American Free Trade Agreement*), aunque para algunos no calificaba como un acuerdo de integración regional sino como un simple TLC².

Pero la consolidación normativa de la globalización económica no se alcanzó hasta que se suprimieron las trabas en el comercio internacional, especialmente

¹ Vid Marlon M. Meza-Salas, "Aspectos Laborales en los Tratados de Libre Comercio y Acuerdos de Integración Regional: Entre Normas Internacionales del Trabajo y Cláusulas Sociales en el Derecho Estatal, Inter-Estatal y Transnacional. Del NAFTA al TPP", *U. Miami Int'l & Comp. L. Rev.* 661, No.24 (2017): 666. En años recientes han aparecido también acuerdos comerciales más amplios, usualmente llamados "de nueva generación", que incluyen no sólo la reducción o eliminación de barreras arancelarias para el comercio de bienes, sino que también minimizan barreras no arancelarias y regulatorias en materias como comercio de servicios, inversiones, propiedad intelectual y otras, e incluyen materias como protección del medio ambiente, derechos laborales o derechos humanos. Ha sido el caso de ciertos acuerdos bilaterales recientes (comerciales o de inversiones), y acuerdos mega-regionales como el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPATPP, por sus siglas en inglés), o el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA, por sus siglas en inglés) entre la Unión Europea y Canadá (Vid Marlon M. Meza-Salas, "Derechos Laborales, Comercio e Inversiones: de los acuerdos tradicionales a los acuerdos de nueva generación", *Puentes* 12, Vol.19, No.2 (Abril 2018): 15).

² Vid Marlon M. Meza-Salas, "Aspectos Laborales en los Tratados de Libre Comercio..." pp.669-670

mediante el GATT³ y otros tratados de la Organización Mundial de Comercio (OMC), cuyo objeto ha sido, precisamente, la liberalización del tráfico comercial internacional a través de la progresiva reducción de aranceles u otros obstáculos a la libre competencia en el mercado mundial⁴. Para ello, uno de los principios fundamentales en el sistema del GATT es el de trato de la nación más favorecida, que significa que las ventajas comerciales deben concederse en igual medida a los demás Estados⁵, aunque las zonas de libre comercio constituyen una excepción a ese principio por los beneficios y ventajas que reportan a la economía mundial como áreas de intercambio comercial⁶.

Dentro del anterior contexto se celebró el TLCAN, que entró en vigencia en 1 de enero de 1994 y tuvo como base un TLC previamente celebrado entre Canadá y los Estados Unidos. Al incorporar a México, el TLCAN suponía un área de libre comercio mucho más extensa, como contrapeso frente a la Unión Europea y Japón –y más recientemente China–, más allá de la política comercial de los Estados Unidos que posteriormente siguió celebrando otros TLC, tanto bilaterales –con Jordania

(2001), Chile (2004), Singapur (2004), Australia (2005), Marruecos (2006), Bahrein (2006), Omán (2009), Perú (2009), Colombia (2009), y Corea del Sur (2012)– como multilaterales – como el CAFTA-DR celebrado en 2009 con los países de Centroamérica y la República Dominicana–⁷.

Tras el triunfo de Donald Trump en las elecciones presidenciales estadounidenses de 2016, los tres países del TLCAN acordaron iniciar negociaciones encaminadas a sustituir este mecanismo de integración por uno nuevo, que respondiera de mejor manera a las nuevas realidades del siglo XXI. Luego de intensas negociaciones durante los años 2017 y 2018, se suscribió un nuevo Tratado México-Estados Unidos-Canadá (T-MEC, como se le conoce en español, o USCAM por sus siglas en inglés), que vino a sustituir al TLCAN y entró en vigencia el 1 de julio de 2020, tras ser ratificado por las legislaturas de los tres países.

El T-MEC se presenta a sí mismo como un medio para fortalecer de nuevo la amistad entre las Partes y fortalecer aún más sus ya cercanas relaciones

³ “Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio”, por sus siglas en inglés “General Agreement on Tariffs and Trade” 15 de abril 1994, *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex IA, 1867 U.N.T.S. 187, 33 I.L.M. 1153*.

⁴ Vid Matthias Herdegen, *Derecho Económico Internacional*, traducción de Katia Fach Gómez y otros (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario/Fundación Konrad Adenauer, 2012), 184

⁵ *Idem*, 185

⁶ *Idem*, 186

⁷ Vid Marlon M. Meza-Salas, “Aspectos Laborales en los Tratados de Libre Comercio...” pp. 764-765

económicas⁸, y regula diversos mecanismos de solución de diferencias, en su mayoría originalmente contemplados en el TLCAN, aunque incorporados al T-MEC con algunas variantes. En el presente trabajo presentamos un breve resumen de esos mecanismos, sus principales características e innovaciones respecto al TLCAN, incluyendo no solo las disputas sobre inversiones entre inversionistas y los Estados Partes —a las que suele prestárseles mayor atención—, sino también los mecanismos de solución de las disputas comerciales, laborales y ambientales.

II. Disputas en Materia de Inversiones en el T-MEC

El TLCAN contenía un Capítulo, el número 11, que constituía en sí mismo un Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI). En forma similar, el Capítulo 14 del T-MEC también se ocupa de las inversiones, pero con marcadas diferencias y particularidades respecto a las disposiciones del TLCAN. La ruptura entre tales Capítulos es tal, y las nuevas restricciones son de tal magnitud, que algunos comentaristas

hasta prepararon un curioso “obituario” del capítulo de inversiones del TLCAN⁹. Otros han sostenido —no sin razón— que el texto del T-MEC hace “marginal” el uso del arbitraje, y que con el T-MEC el paradigma de protección de las inversiones mediante tratados está siendo “horadado”¹⁰.

A. Supervivencia temporal del TLCAN para arbitrar disputas sobre inversiones

El Capítulo 14 del T-MEC establece las clases y niveles de protección con que pueden contar los inversionistas provenientes de una de las Partes, en el territorio de otra Parte. Entre las protecciones típicas a las inversiones contenidas en la casi totalidad de los APPRI que existen en el mundo, tanto bilaterales como multilaterales, o en capítulos sobre protección de inversiones existentes en muchos TLC, se encuentra el arbitraje inversionista-Estado al que puede acudir el inversionista, en caso que su inversión sea expropiada o perturbada por alguna

⁸ Vid Preámbulo del T-MEC

⁹ Barton Legum & Sean Stephenson, “The USMCA/CUSMA/T-MEC’s Entry into Force: An Obituary for NAFTA’s Investment Chapter”, *Kluwer Arbitration Blog*, June 23, 2020, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/23/the-usmca-cusma-t-meecs-entry-into-force-an-obituary-for-naftas-investment-chapter/>.

¹⁰ Alejandro García y Enrique Garza. “La protección a las inversiones bajo el Nuevo TLCAN”, *CIAR Global – La Revista de Arbitraje de la Comunidad Iberoamericana*, 24 de enero de 2019, <http://ciarglobal.com/la-proteccion-a-las-inversiones-bajo-el-nuevo-tlcan-alejandro-garcia-y-enrique-garza/>.

medida gubernamental del Estado anfitrión de la inversión¹¹.

El TLCAN consagró el arbitraje inversionista-Estado en forma bastante amplia, lo que permitió la presentación de un significativo número de demandas de inversionistas estadounidenses contra México, riesgo del cual parecía estar consciente el país Azteca desde las negociaciones de dicho tratado, pues los costos del riesgo de ser demandado era menor al beneficio que representaba la posible atracción de capitales foráneos¹². De hecho:

En los 11 arbitrajes inversionista-Estado concluidos que se han llevado en contra de México bajo los auspicios del Capítulo XI del TLCAN, se ha demandado el pago de US\$ 1,434 millones de dólares aproximadamente por supuestas violaciones del Capítulo XI. No obstante, México sólo ha sido condenado a pagar \$US204.9 millones en los laudos. En otras palabras, de cada dólar que demanda un inversionista norteamericano, ha sido condenado a pagar 14 centavos. Más importante, dichos \$US204.9 millones sólo

representan un 0.04% de los US\$500,000 millones, aproximadamente, que se comercian entre México y Estados Unidos anualmente¹³.

En cambio, el nuevo T-MEC introduce serias limitaciones para el uso del arbitraje inversionista-Estado y, aunque el mecanismo del TLCAN seguirá disponible durante un período de tres años desde la terminación de dicho tratado y entrada en vigencia del T-MEC, transcurrido ese plazo el panorama cambiará radicalmente.

El lapso de tres años durante el cual el mecanismo del TLCAN seguirá disponible, puede parecer corto en comparación con las llamadas cláusulas de supervivencia que contemplan la casi totalidad de los APPRI, que suelen establecer un período de entre 10 y 15 años durante los cuales es posible que un inversionista plantee un arbitraje inversionista-Estado después de la denuncia y terminación de un tratado. Sin embargo, no era ese el caso del TLCAN, que no previó cláusula alguna

¹¹ Se denomina arbitraje de inversión el “*mecanismo para la solución de controversias entre un inversionista extranjero y el Estado en el cual ha hecho su inversión (Estado receptor), relacionadas con la inversión realizada. Este mecanismo tiene su origen en tratados internacionales, bilaterales o multilaterales del cual son parte, tanto el Estado receptor, como el Estado de nacionalidad del inversionista*”. (Diógenes Bermúdez, *Cit.por* Marlon M. Meza-Salas, “Alcance de las facultades de los Tribunales Arbitrales o de las Comisiones *ad hoc* al decidir las solicitudes de anulación y otros mecanismos de revisión de los laudos CIADI”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones* 73, Vol. 11, No. 1 (2018): 75). El arbitraje de inversión suele tener su origen en esos tratados sobre promoción y protección de inversiones, pero también en el capítulo sobre inversiones de algún TLC, en una ley del Estado receptor, o en un contrato suscrito entre éste y algún inversionista.

¹² *Vid* Juan Pablo Hugues Arthur y Jimena Moreno González, “El recuento de los daños: compensación, intereses y costas del arbitraje inversionista-Estado del TLCAN. La experiencia mexicana”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones* 213, Vol. 9, No. 1 (2013): 214-215

¹³ *Idem*, 229-230

de supervivencia. En consecuencia, si se toma en consideración ese importante detalle, la extensión de tres años que las Partes del T-MEC le otorgaron a las disposiciones sobre inversiones del TLCAN, es una concesión que al menos elimina la incertidumbre que existía en el sentido de que los inversionistas podían haberse encontrado sin ningún tipo de protección al día siguiente de la terminación del TLCAN. Antes de la firma del nuevo T-MEC, la realidad era que sin una cláusula de supervivencia, *“un Estado parte del TLCAN podía denunciar el acuerdo con un preaviso de seis meses, y podía privar a los inversionistas extranjeros de la protección del derecho internacional y del arbitraje internacional”*¹⁴.

B. Arbitraje inversionista-Estado según nacionalidad del inversionista y país receptor de la inversión

Una vez vencido el lapso de tres años de supervivencia temporal del TLCAN, el arbitraje inversionista-Estado solo estará disponible en casos limitados, a saber:

(a) Estados Unidos-Canadá

El T-MEC elimina el arbitraje inversionista-Estado entre los Estados

Unidos y Canadá, por lo que los inversionistas canadienses en los Estados Unidos y los inversionistas estadounidenses en Canadá, pierden el derecho de llevar a arbitraje cualquier vulneración de sus inversiones bajo el T-MEC, lo que significa que para cualquier reclamación tendrán que recurrir a los tribunales nacionales del Estado anfitrión de la inversión.

(b) México-Canadá

Tampoco existe una disposición para que los inversionistas mexicanos en Canadá y los inversionistas canadienses en México arbitren reclamos. Sin embargo, es previsible que en ambos casos los inversionistas puedan utilizar los mecanismos establecidos en el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPATPP por sus siglas en inglés)¹⁵, que tanto México como Canadá integran junto con otros países de la cuenca del Pacífico, que sí prevé el arbitraje inversionista-Estado.

(c) Estados Unidos-México

El T-MEC permite el arbitraje inversionista-Estado entre los Estados Unidos y México. Sin embargo, en este caso se establecen ciertas limitaciones y regulaciones particulares, a saber:

¹⁴ Julián Cárdenas, “Trump, Tillerson, NAFTA, Mexico And Oil Companies”, *Forbes*, January 17, 2017, <https://www.forbes.com/sites/uhenergy/2017/01/10/trump-tillerson-nafta-mexico-and-oil-companies/#49d463933a17>.

¹⁵ *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership*, celebrado por Australia, Brunéi Darussalam, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam. El CPATPP es sucesor del proyectado Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica o TPP por sus siglas en inglés, pero sin los Estados Unidos que sí había participado en las negociaciones.

1. Necesidad de agotar previamente los recursos locales

Los inversionistas deben presentar sus reclamos primero ante los tribunales judiciales o autoridades administrativas competentes de la demandada, y luego esperar o bien que haya sido emitida una decisión final de un tribunal de última instancia, o bien que hayan transcurrido 30 meses desde el inicio de la reclamación, antes de poder iniciar el arbitraje.

2. Límite de tiempo para presentar reclamos

El límite de tiempo para presentar reclamos es de cuatro años a partir del momento en que se conoció la violación o la pérdida o daño sufrido, tiempo que incluye los 30 meses que deben pasar ante los tribunales nacionales. Lo anterior significa que vencido dicho lapso, el inversionista solo contará con una ventana de 18 meses más para presentar un reclamo arbitral. El límite de tiempo para presentar reclamos se reduce a tres años cuando se trate de inversionistas con un contrato gubernamental relacionado con un “sector cubierto” (por ejemplo, petróleo y gas, o generación de energía, telecomunicaciones y otros).

3. Estándares de protección previstos y “sectores cubiertos”

En cuanto a los estándares de protección, los reclamos podrán basarse en que la demandada ha violado los principios de trato nacional y trato de la nación más favorecida, y en caso de expropiaciones directas. Pero además, en el caso de reclamos relativos al trato nacional y trato de la nación más favorecida, los reclamos no pueden referirse al tratamiento del inversionista durante el establecimiento o adquisición de una inversión.

Cuando se trate de inversionistas con un contrato gubernamental relacionado con un “sector cubierto”, no existen las limitaciones mencionadas en el párrafo anterior, por lo que las reclamaciones pueden basarse también en violaciones a un nivel mínimo de trato acorde con el derecho internacional consuetudinario (trato justo y equitativo, y protección y seguridad plenas), o en expropiaciones indirectas, o por obstruir el derecho de los inversionistas a transferir dividendos o utilidades y otros conceptos.

4. Alternativas de arbitraje disponibles

Entre los mecanismos de arbitraje conforme a los cuales un demandante podrá presentar su reclamación, el Capítulo 14 del T-MEC prevé la posibilidad de un arbitraje bajo el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)¹⁶, bajo las Reglas

¹⁶ El CIADI o ICSID por sus siglas en inglés (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*), se creó en 1965 por medio del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, mejor conocido como el Convenio de Washington o Convenio CIADI.

del Mecanismo complementario del CIADI¹⁷, bajo el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)¹⁸, o bajo cualquier institución arbitral o reglas de arbitraje que las Partes acuerden.

5. Normas sobre selección de los árbitros

El Capítulo 14 contiene algunas normas especiales sobre la selección de los árbitros, y establece una obligación particular a cargo de éstos, como es la de cumplir con las Directrices de la Asociación Internacional de Abogados (la IBA, por sus siglas en inglés: *International Bar Association*), sobre Conflictos de Intereses en Arbitrajes Internacionales¹⁹. Los árbitros tampoco

pueden actuar, durante la duración del procedimiento, como abogado, perito, o testigo de parte en ningún arbitraje pendiente conforme a dicho Capítulo. Los árbitros también pueden ser recusados, en cuyo caso las impugnaciones se registrarán por los procedimientos previstos en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

6. Normas sobre la conducción del procedimiento arbitral

El Capítulo 14 también contiene normas especiales sobre la conducción del procedimiento, entre las cuales cabe mencionar la mención expresa a la intervención de *amicus curiae*²⁰, y que si las partes dejan de intervenir en el procedimiento por más de 150 días, el

¹⁷ En 1978 el Consejo Administrativo del CIADI adoptó el Reglamento del Mecanismo Complementario, autorizando al Secretario del CIADI a administrar cierta categoría de procedimientos que estuvieran fuera del ámbito de aplicación del Convenio CIADI y por ende fuera del ámbito de jurisdicción de dicho centro, lo que incluye la posibilidad de conocer de procedimientos de arbitraje que surjan de diferencias donde una de las partes no sea un Estado contratante del Convenio CIADI, o un nacional de un Estado contratante del mismo.

¹⁸ Mejor conocida como UNCITRAL por sus siglas en inglés: *United Nations Commission on International Trade Law*.

¹⁹ Las primeras Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitrajes Internacionales fueron aprobadas en 2004. Luego de un proceso de revisión iniciado en 2012 por el Comité de Arbitraje de la IBA, el 23 de octubre de 2014 fueron aprobadas unas Directrices revisadas que incorporan mayores deberes de revelación por parte de los árbitros sobre posibles conflictos de interés. Estas Directrices han sido objeto de amplia aceptación en la comunidad arbitral internacional, siendo habitualmente utilizadas o tomadas en cuenta por los árbitros a la hora de decidir sobre sus propios nombramientos y posibles revelaciones; por las partes y sus abogados a la hora de evaluar la imparcialidad e independencia de los árbitros; y por instituciones arbitrales y tribunales estatales a la hora de considerar recusaciones de árbitros.

²⁰ Expresión latina que significa “amigo del tribunal” (*friend of the Court*), de uso común en sistemas de *common law* donde una persona o entidad que no es parte en un litigio pero que tiene un alto interés en la materia en disputa, puede dirigir al tribunal o es requerido por éste para presentar escritos o proveer información. La actuación de esa clase de terceros interesados se admitió, en el ámbito internacional, primeramente en Cortes Internacionales de Derechos Humanos y en la OMC, y posteriormente también en arbitrajes de inversiones (*Vid* Marlon M. Meza-Salas, “Derecho Laboral y Arbitraje Internacional – Comercial y de Inversiones– u otros mecanismos internacionales de solución de disputas: intersección, nexos y relaciones”, *Spain Arbitration Review - Revista del Club Español del Arbitraje* 89, Nro.36 (2019): 96)

procedimiento se tendrá por terminado si las partes no toman ninguna medida dentro de los 30 días siguientes a la fecha de recepción de una notificación que debe enviar el Tribunal Arbitral advirtiéndole sobre esa circunstancia.

7. Disposiciones sobre transparencia

El Capítulo 14 también introduce ciertas normas sobre transparencia, incluyendo la obligación de poner a disposición del público información sobre el procedimiento arbitral, como los alegatos, comunicaciones y escritos presentados al Tribunal Arbitral, las minutas y transcripciones de las audiencias, y las órdenes, laudos y decisiones del Tribunal. Así mismo, las audiencias serán abiertas al público. Quedan exceptuadas las actuaciones que contengan información protegida, la cual no será divulgada.

8. Disposiciones sobre los laudos

Finalmente, el Capítulo 14 contiene normas particulares relativas a los laudos, entre las cuales cabe destacar que no está permitido que un Tribunal Arbitral ordene el pago de daños punitivos²¹.

III. Remedios Comerciales y Resolución de Disputas Comerciales entre los Estados Partes

Como todo acuerdo dirigido a promover y regular una zona de libre comercio, el T-MEC prevé mecanismos para garantizar que los Estados Partes cumplan con sus obligaciones destinadas a promover realmente la cooperación económica a través del comercio y la inversión, y evitar que alguna de las Partes tome medidas incompatibles con esas obligaciones, o que menoscaben los beneficios que alguna de las Partes espera razonablemente recibir conforme a las disposiciones del T-MEC.

Esos mecanismos están establecidos en los Capítulos 10 y 31 del Acuerdo, aunque en ambos casos, siempre se deja la puerta abierta a la negociación y a las soluciones consensuadas entre las Partes, antes, durante y después de la activación de cualesquiera mecanismos.

A. Remedios Comerciales

El Capítulo 10 del T-MEC aclara que los derechos y obligaciones de los Estados Partes conforme al Acuerdo del GATT y otras normas aprobadas en el ámbito de la OMC como el Acuerdo de

²¹ La figura de los daños punitivos, *punitive damages* o *exemplary damages*, ha sido de gran uso en los Estados Unidos y admitida en contados países como Argentina (*Vid* Elena d'Alessandro, "Reconocimiento y exequátur en Italia de sentencias extranjeras que condenan al pago de daños punitivos", *Revista de Derecho Privado* 313, No.34 (enero-junio 2018): 315-316). Se trata de condenas a pagar una indemnización con el fin no solo de castigar al responsable de un daño particularmente atroz o de gran trascendencia, sino también de disuadir al infractor y a otros de reincidir en la misma conducta: "*Punitive damages are awarded only for particularly egregious behavior and are designated to punish the tortfeasor and deter a repetition of that conduct*" (*Vid* William Burnham, *Introduction to the Law and Legal System of the United States* (St. Paul, Minn, West Publishing, 1995), 426)

Salvaguardias, continúan vigentes, y establece las limitaciones acordadas para que las Partes puedan adoptar ciertas medidas comerciales sobre ciertas mercancías (*v.g.*, exclusiones o restricciones). También regula los procedimientos a aplicar para evitar la evasión de derechos antidumping, compensatorios y de salvaguardia, y promueve la cooperación entre las Partes para combatir la evasión de tales derechos.

(a) Panel Binacional

El Capítulo 10 ratifica la vigencia de las disposiciones jurídicas internas de cada Estado Parte en materia de derechos antidumping y compensatorios, y cada Parte se reserva el derecho de aplicar sus propias disposiciones sobre mercancías importadas desde el territorio de las otras Partes. Sin embargo, las Partes se comprometen a reemplazar la revisión judicial interna de cualesquiera resoluciones definitivas en materia de derechos antidumping y compensatorios emitida por alguna autoridad investigadora, por una revisión llevada a cabo por un Panel Binacional. Para ello, las Partes se comprometen a reformar sus leyes y reglamentos para asegurar que los procedimientos internos de revisión judicial de una resolución definitiva no puedan iniciarse antes de que concluya el plazo para solicitar la integración de un Panel.

El panel puede ser solicitado por cualquiera de las Partes implicadas, por iniciativa propia o a solicitud de cualquier persona que conforme al ordenamiento jurídico de la Parte importadora esté legitimada para iniciar procedimientos internos de revisión judicial de la misma resolución definitiva.

Para tramitar las solicitudes e integración de los Paneles, el Capítulo 10 exige a las Partes adoptar y mantener reglas procesales básicas equivalentes a una apelación judicial, que entre otras cosas establezcan el contenido y trámite de las solicitudes para integrar los Paneles, la obligación de la autoridad investigadora competente para remitir al Panel el expediente administrativo, y que garanticen la emisión de un fallo definitivo en cierto plazo contado desde la fecha en que se presente la solicitud. Sin embargo, cada Panel establecerá sus propias reglas de procedimiento, salvo que las Partes hayan acordado otra cosa antes del establecimiento del Panel. En todo caso, el procedimiento debe garantizar siempre el derecho a al menos una audiencia ante el panel, y la oportunidad para que las Partes puedan presentar comunicaciones escritas y réplicas.

El fallo del Panel podrá confirmar la resolución definitiva o devolverla a la instancia anterior para que adopte medidas no incompatibles con su decisión. El fallo del Panel será

obligatorio y no es posible impugnarlo ante los tribunales nacionales de ninguna de las Partes.

(b) Procedimiento de Impugnación Extraordinaria

No obstante que el fallo del Panel es obligatorio y no sujeto a impugnación, si el Panel o alguno de sus miembros incurren en ciertas faltas (*v.g.* parcialidad, conflicto de intereses, violación grave de normas fundamentales de procedimiento, entre otras), las Partes pueden acudir a un procedimiento de impugnación extraordinaria.

La impugnación extraordinaria estará a cargo de un Comité compuesto por tres miembros, seleccionados de una lista integrada por quince jueces o exjueces federales de los Estados Unidos o de nivel equivalente en Canadá y México. En su fallo (que es también obligatorio para las Partes), los Comités pueden (i) rechazar la impugnación y confirmar el fallo original del Panel, (ii) anular el fallo original del Panel o devolverlo al panel original para que adopte una medida que no sea incompatible con la resolución del Comité. Si se anula el fallo original, se instalará un nuevo Panel.

(c) Consultas

Cuando el derecho interno de una Parte no haya permitido la revisión de una resolución definitiva por un Panel o tribunal con jurisdicción para ello, o en el primero de los casos ha impedido la integración de un Panel solicitado por la

Parte reclamante, o ha impedido que el Panel dicte un fallo definitivo, o que dictado éste pueda ser ejecutado, la Parte reclamante puede solicitar Consultas por escrito con la otra Parte.

(d) Comité Especial y Suspensión de Beneficios

Si a través de las Consultas las Partes no alcanzan una solución, la Parte reclamante puede solicitar la instalación de un Comité Especial.

Si el Comité Especial emite un dictamen positivo sobre las causales alegadas, las Partes deben iniciar consultas y procurar llegar a una solución mutuamente satisfactoria. Si las Partes no alcanzan una solución o la Parte demandada no demuestra haber corregido el problema, la Parte reclamante puede proceder a suspender la aplicación de beneficios establecidos por el T-MEC, o el funcionamiento de las disposiciones del Capítulo 10 que regulan la revisión de resoluciones definitivas sobre derechos antidumping y compensatorios. Estas medidas pueden ser revisadas por el propio Comité Especial a solicitud de la Parte demandada, por ejemplo, para determinar si las medidas tomadas por la Parte reclamante son excesivas, o si la Parte demandada corrigió el problema. Finalmente, el Comité Especial debe presentar un informe que contenga su determinación, y en caso de que concluya que el problema ha sido corregido, puede ordenar dar por terminada cualquier suspensión.

(e) Integración de los Paneles Binacionales

Para la integración tanto de los Paneles como de los Comités, las Partes deben elaborar una lista de al menos 75 candidatos (25 seleccionados por cada Parte), para que actúen como Panelistas, que en lo posible sean o hayan sido jueces, quienes deben ser nacionales de Canadá, Estados Unidos o México, y que estén familiarizados con el derecho comercial internacional. Se prevé que cada Panel esté integrado en su mayoría por juristas, que gocen además de buena reputación. Los Panelistas pueden ser recusados y también estarán sujetos a un Código de Conducta establecido por las Partes, pudiendo ser removidos en caso de contravención a dicho Código. Los Panelistas gozarán de inmunidad frente a cualquier demanda o proceso relacionados con el desempeño de sus funciones.

(f) El Secretariado y sus Funciones

Cada una de las Partes debe mantener un Secretariado para facilitar la implementación de los mecanismos antes descritos, especialmente la labor de los paneles o comités que sean convocados, a los cuales los Secretarios del Secretariado prestarán apoyo administrativo y se encargarán del manejo y conservación de los expedientes correspondientes a cada asunto.

B. Solución de Controversias Comerciales

El Capítulo 31 establece que las controversias que surjan entre los Estados Partes para la interpretación o aplicación del T-MEC, o por incumplimiento de obligaciones derivadas del mismo, o cuando alguna de las Partes tome medidas incompatibles con esas obligaciones o que menoscaben los beneficios que alguna de las Partes esperaba recibir bajo el T-MEC, deben ser solucionadas conforme a las disposiciones de dicho Capítulo.

(a) Elección de Foro

Una Parte reclamante puede, en lugar de utilizar los mecanismos para solución de controversias regulados en el Capítulo 31, acudir a los mecanismos establecidos en otros acuerdos comerciales internacionales en que las Partes contendientes sean partes (*v.g.* la OMC), en cuyo caso la elección que haga la Parte reclamante será definitiva, y el foro seleccionado excluirá a cualquier otro.

(b) Consultas

El sistema de solución de controversias regulado por el Capítulo 31, le otorga prioridad y preeminencia a las soluciones consensuadas entre las Partes, comenzando con la posibilidad de solicitar Consultas de una Parte a otra, las cuales (salvo que las Partes acuerden otra cosa), deben celebrarse a más tardar 15 días después de la fecha de

entrega de la solicitud para asuntos concernientes a mercancías percederas, o 30 días después de la fecha de entrega de la solicitud para todos los demás asuntos.

(c) Buenos Oficios, Conciliación y Mediación

Las Partes pueden decidir en cualquier momento iniciar voluntariamente algún método alternativo de solución de controversias, como los buenos oficios, la conciliación o la mediación.

(d) Establecimiento de un Panel

Si las Partes no logran resolver el asunto en un plazo de 75 días siguientes al inicio de las consultas, o de 30 días si se trata de mercancías percederas, una Parte consultante podrá solicitar el establecimiento de un Panel²². El Capítulo 31 establece unos términos de referencia²³ para regular el funcionamiento del Panel, a menos que las Partes contendientes decidan algo diferente. Los términos de referencia autorizan al Panel a examinar el asunto a la luz de las disposiciones del T-MEC, y a hacer constataciones o emitir determinaciones y recomendaciones; un Panel puede, por ejemplo, verificar si se han incumplido obligaciones del T-

MEC, o si una medida tomada por una Parte es incompatible con esas obligaciones o anula o menoscaba algún derecho o beneficio.

Una vez evaluado el asunto que se le haya sometido, el Panel debe presentar informes con expresión de sus razones, sin poder aumentar o reducir los derechos y obligaciones de las Partes bajo el T-MEC, el cual debe ser interpretado de conformidad con las reglas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969).

Los informes del Panel serán un informe preliminar y otro final. El primero estará sujeto a observaciones de las Partes contendientes, con base en las cuales el panel puede (i) solicitar opiniones de una Parte, (ii) reconsiderar su informe, o (iii) realizar un nuevo examen del asunto. Posteriormente el Panel debe emitir el informe final con las constataciones que haya encontrado, y las Partes contendientes deben procurar

²² El texto original del Capítulo 31 del T-MEC del año 2018 preveía que los Paneles estarían compuestos de cinco miembros, pero el Protocolo Modificatorio que las Partes suscribieron el 10 de diciembre de 2019 agregó: “a menos que las Partes contendientes acuerden un panel compuesto por tres miembros”.

²³ Algunas reglas de arbitraje como las de la CCI, requieren que el tribunal y las partes en todo procedimiento arbitral firmen unos llamados “términos de referencia” (*terms of reference*), donde se suele establecer la “misión” del tribunal arbitral (por lo que se le llama también “acta de misión”), la naturaleza de todos los reclamos y defensas de las partes, y cualesquiera particularidades sobre las normas aplicables al procedimiento (*Vid* Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (New York, Cambridge University Press, 2012), 165)

llegar a un acuerdo sobre la solución de la controversia²⁴.

Las Reglas de Procedimiento aplicables a los Paneles serán establecidas por la Comisión de Libre Comercio, las cuales deben garantizar, entre otras cosas, el derecho de las Partes a al menos una audiencia ante el Panel en la cual cada Parte podrá presentar sus opiniones oralmente, y que cada Parte tenga una oportunidad para presentar una comunicación inicial y una réplica por escrito. El Protocolo Modificatorio del T-MEC que las Partes suscribieron el 10 de diciembre de 2019, agregó que las Reglas de Procedimiento también deben incluir ciertas reglas relativas a la evidencia que las Partes pueden presentar o el Panel podría solicitar.

El Panel también debe tomar en consideración las solicitudes y opiniones referentes a la disputa presentadas por entidades no gubernamentales ubicadas en el territorio de una Parte contendiente, y que puedan ayudar a evaluar los argumentos de las Partes. Esto es lo que se conoce como *amicus curiae*, a los que

ya nos referimos antes al tratar sobre las disputas de inversiones.

(e) Suspensión de beneficios

En caso que las Partes no puedan alcanzar un acuerdo para solucionar la controversia dentro de determinado plazo después de emitido el informe final del Panel, la Parte reclamante podrá suspender la aplicación de beneficios a la Parte demandada de efecto equivalente, hasta que las Partes contendientes acuerden una solución a la controversia. Pero si la Parte demandada considera que las medidas aplicadas por la otra Parte son excesivas, o la disconformidad, anulación o menoscabo de derechos determinada por el Panel ya no existe, puede solicitar que el panel vuelva a reunirse para considerar el asunto.

(f) Integración de los Paneles

Para la integración de los paneles las Partes deben establecer una lista de hasta 30 panelistas que estará vigente por tres años o hasta que sea reemplazada por otra lista, pudiendo sus miembros ser reelegidos. Conforme al

²⁴ Bajo las disposiciones del TLCAN, hasta el año 2004 se habían resuelto tres casos mediante la emisión de sendos informes finales, a saber: (1) Caso CDA-95-2008-01 “Aranceles aplicados por Canadá a determinados productos agrícolas originarios de los Estados Unidos”, donde el informe final dictado el 2 de diciembre de 1996 resolvió que la aplicación de dichos aranceles estaba conforme a las disposiciones del TLCAN; (2) Caso USA-97-2008-01 “Salvaguarda impuesta por los Estados Unidos de América a escobas de mijo mexicanas”, donde el informe final fue dictado el 30 de enero de 1998 a favor de México; y (3) Caso USA-98-2008-01 “Servicios de transporte transfronterizo de carga de y hacia los Estados fronterizos”, donde el informe final fue dictado el 6 de febrero de 2001 a favor de México (*Ver* Oscar Cruz Barney, “Solución de Controversias y Remedios Comerciales en el T-MEC”, en *Opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional, Serie 32: Emergencia Sanitaria por COVID-19 – Medios alternos de solución de conflictos (MASC)*, coord. Nuria González y Fernando Navarro (México: UNAM, 2020): 30-31)

Capítulo 30 del T-MEC, entre las funciones de la Comisión de Libre Comercio está la de revisar y mantener actualizada dicha lista.

Los Panelistas deben tener conocimientos especializados o experiencia en derecho internacional, comercio internacional, otros asuntos cubiertos por el T-MEC, o en la solución de controversias derivadas de tratados comerciales internacionales. En controversias referentes a ciertas áreas especializadas de derecho, las Partes deben seleccionar panelistas que aseguren que un panel tenga el conocimiento especializado necesario (*v.g.*, en materia ambiental, derecho laboral u otras áreas especializadas).

El Capítulo 31 también contiene reglas específicas sobre la forma en que las Partes elegirán al Presidente y demás integrantes del Panel, dependiendo de si se trata de una disputa con dos Partes contendientes, o con más de dos Partes contendientes, comenzando siempre por la designación del presidente, y luego las Partes designarán a los demás panelistas. Siempre se procura que el designado no sea ciudadano de la Parte o Partes que hacen la designación. El Protocolo Modificatorio suscrito por las Partes el 10 de diciembre de 2019 introdujo ciertas reglas particulares en caso que alguna de las Partes no haga la selección que le corresponda hacer, o no

se presente o se niegue a participar en el procedimiento para hacer dicha selección.

Los Panelistas pueden ser recusados, y si incurren en violaciones del Código de Conducta establecido por la Comisión de Libre Comercio, pueden ser destituidos y reemplazados por otros.

(g) Solución de disputas comerciales privadas

Finalmente, el Capítulo 31 establece que las Partes deben fomentar, facilitar y promover el uso del arbitraje, la mediación y otros medios y procedimientos, para la prevención y solución de las disputas comerciales internacionales que surjan entre particulares en la zona de libre comercio.

IV. Disputas en materia laboral

Aunque el TLCAN no incluyó un Capítulo que regulara la materia laboral, los Estados Partes suscribieron paralelamente al tratado comercial un Acuerdo de Cooperación Laboral, el ACLAN²⁵, que incorporó explícitamente y por primera vez aspectos socio-laborales en un TLC o acuerdo de integración regional, mucho antes que se hiciera en los ámbitos de la Comunidad Andina de Naciones o el

²⁵ “Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte” (o NAALC por sus siglas en inglés “North American Agreement on Labor Cooperation”, 1ero de enero de 1994, http://www.sice.oas.org/trade-nafta_s/laboral1.asp

MERCOSUR, que son procesos más antiguos²⁶.

En forma similar al ACLAN, el Capítulo 23 del T-MEC cubre los aspectos laborales bajo el nuevo tratado y su propósito es, como bien se anuncia en el propio preámbulo del tratado, promover la protección y observancia de los derechos laborales, el mejoramiento de las condiciones de trabajo y el fortalecimiento de la cooperación entre las Partes en asuntos laborales.

Así, en lo relativo al respeto de los derechos laborales, el Capítulo 23 hace énfasis en la aplicación de las leyes nacionales laborales de cada Estado Parte, los cuales reconocen que es inapropiado fomentar el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones otorgadas en sus leyes laborales. Las Partes se comprometen también a adoptar y mantener en sus leyes y prácticas, los derechos establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1998 sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (libertad de asociación y negociación colectiva, prohibición de trabajo forzoso, abolición del trabajo infantil, y no discriminación en el empleo u ocupación), y aún otros derechos no previstos en dicha Declaración, sobre condiciones de trabajo aceptables (salarios mínimos,

horas de trabajo, y seguridad y salud en el trabajo).

El Capítulo 23 también destaca la necesidad de garantizar el acceso a procedimientos laborales justos, equitativos y transparentes, y tribunales –administrativos, cuasi judiciales o judiciales– imparciales e independientes, que aseguren el debido proceso y el derecho a la defensa.

Así mismo, el Capítulo 23 promueve la cooperación entre las Partes y hace énfasis en la necesidad de permitir la participación de la sociedad civil, previendo que los Estados Partes reciban y consideren los puntos de vista de cualesquiera personas interesadas en los asuntos que se estén tramitando, incluyendo los puntos de vista de los representantes de organizaciones laborales y empresariales.

Se prevén diversos mecanismos e instancias institucionales para abordar los asuntos que surjan en relación con el Capítulo 23, a saber:

(a) Comunicaciones públicas

Cualquier persona de uno de los Estados Partes puede dirigir Comunicaciones escritas a otra de las Partes sobre asuntos relacionados con el Capítulo 23, a través de unos Puntos de Contacto designados por cada Parte y consistentes en una oficina o funcionario dentro de los Ministerios del Trabajo o entidades

²⁶ *Viz* Marlon M. Meza-Salas, “Aspectos Laborales en los Tratados de Libre Comercio...”, 758

equivalentes, a través de los cuales las Partes están obligadas a considerar y dar respuesta oportuna a las comunicaciones que reciba.

(b) Diálogo cooperativo laboral

Una Parte puede solicitar a través del Punto de Contacto de otra Parte, un Diálogo sobre cualquier asunto que surja conforme al Capítulo 23 y que pueda afectar el comercio o la inversión entre las Partes.

Si las Partes resuelven el asunto mediante el diálogo, deben documentar el resultado, incluyendo los pasos y plazos específicos que hayan decidido, y planes de acción, que pueden incluir (i) la realización de inspecciones e investigaciones para verificar cumplimientos, (ii) una verificación independiente por individuos o entidades como la OIT, o (iii) incentivos apropiados para fomentar o asistir a las Partes dialogantes a identificar y abordar asuntos laborales.

(c) Consejo Laboral

Se crea un Consejo Laboral integrado por representantes gubernamentales de alto nivel de los Ministerios de Comercio y Trabajo de cada Parte, que puede considerar cualquier asunto dentro del ámbito de aplicación del Capítulo 23 y realizar cualesquiera otras funciones que las Partes decidan. Para ello, el Consejo Laboral se reunirá dentro del primer año de vigencia del T-MEC, y luego cada dos años, a menos que las Partes decidan algo diferente.

(d) Consultas Laborales

Una Parte (solicitante) puede requerir Consultas Laborales a otra Parte (solicitada), respecto a cualquier asunto que surja conforme al Capítulo 23. Una tercera Parte también podrá participar en las consultas laborales aunque no sea solicitante o solicitada. El Capítulo propugna que las Partes hagan sus mejores esfuerzos a través de las Consultas para alcanzar soluciones consensuadas y mutuamente satisfactorias, mediante actividades de cooperación o la asesoría de expertos independientes que las asistan.

(e) Consultas Laborales Ministeriales

Si las Partes consultantes no logran resolver el asunto mediante las Consultas Laborales, una Parte puede solicitar a través de los Puntos de Contacto, que los Ministros relevantes de las Partes se reúnan para considerar el asunto. Para resolver el asunto, los Ministros —o las personas que éstos designen— pueden consultar a expertos independientes, o recurrir a procedimientos como buenos oficios, conciliación, o mediación.

(f) Establecimiento de un Panel

Si las Partes no logran resolver el asunto mediante las Consultas dentro de

determinado plazo²⁷, la Parte solicitante puede solicitar el establecimiento de un Panel en la misma forma prevista por el Capítulo 31 para las controversias comerciales. Ninguna de las Partes puede acudir a la solución de controversias conforme al Capítulo 31, sin agotar previamente las Consultas previstas en el Capítulo 23.

Existe una diferencia notable entre el T-MEC y el ACLAN, ya que este último solo permitía someter un asunto laboral a un Panel excepcionalmente, cuando se tratara de violaciones sobre derechos laborales relativos al trabajo infantil, salarios mínimos, y salud y seguridad en el trabajo²⁸. En cambio, bajo el T-MEC no existe esa limitación, por lo que las infracciones a ser consideradas por un Panel pueden abarcar una gama más amplia de derechos, incluyendo los demás derechos a que se refiere la Declaración de la OIT de 1998 sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (libertad de asociación y

negociación colectiva, prohibición de trabajo forzoso, no discriminación en el empleo), y aún otros derechos laborales sobre condiciones de trabajo no incluidos en dicha Declaración (*v.g.*, horas de trabajo).

En los supuestos excepcionales en que se permitía bajo el ACLAN, un Panel podía ordenar sanciones, concretamente contribuciones pecuniarias de hasta 20 millones de dólares, que irían a un fondo común destinado a financiar planes de acción para solucionar los problemas o mejorar el cumplimiento de la normativa laboral²⁹. Si las contribuciones monetarias no eran pagadas, podían aplicarse sanciones comerciales mediante la suspensión de beneficios derivados del TLCAN hasta por el monto de dichas contribuciones³⁰. En cambio, bajo el T-MEC un Panel solo puede hacer constataciones o emitir determinaciones y recomendaciones, pero no puede imponer sanciones; sin embargo, una vez que un Panel emite un

²⁷ El plazo previsto originalmente en el texto del Capítulo 23 del T-MEC del año 2018 era de 30 días, pero fue ampliado a 75 días por el Protocolo Modificatorio que las Partes suscribieron el 10 de diciembre de 2019.

²⁸ Dentro de los mecanismos y procedimientos específicos para el procesamiento de quejas bajo el ACLAN se establecieron tres niveles de protección: (i) un primer nivel consistente en Consultas Ministeriales; (ii) un segundo nivel de protección si el asunto no se resolvía a través de las consultas, en el que se sometía el asunto a la evaluación de una Comisión de Expertos; y (iii) un tercer nivel de protección solo si el asunto versaba sobre violaciones sobre derechos relativos al trabajo infantil, salarios mínimos, y salud y seguridad en el trabajo, donde el asunto podía ser sometido a Arbitraje y un Panel podía ordenar eventuales sanciones. Sin embargo, aunque hasta el año 2013 se llegaron a contabilizar más de 40 denuncias o reclamos por asuntos laborales interpuestas en el marco del ACLAN, principalmente de trabajadores, sindicatos y movimientos sociales estadounidenses contra el gobierno mexicano, solo se generaron Consultas Ministeriales y no hubo casos que avanzaran al segundo nivel para su evaluación por un Comité de Expertos, y menos aún al tercer nivel para su examen ante Paneles Arbitrales (*Vid* Marlon M. Meza-Salas, "Aspectos Laborales en los Tratados de Libre Comercio...", pp.760-763).

²⁹ *Idem*, p.762

³⁰ *Idem*

informe final, una Parte reclamante podría suspender la aplicación de beneficios –de efecto equivalente– bajo el T-MEC, a la Parte demandada, hasta que las Partes contendientes acuerden una solución de la disputa.

(g) El Mecanismo Laboral de Respuesta Rápida en Instalaciones Específicas

Una de las principales innovaciones del T-MEC en materia laboral se agregó mediante el Protocolo Modificadorio que las Partes suscribieron el 10 de diciembre de 2019, y consiste en dos Anexos identificados como 31-A y 31-B. El primero regula el Mecanismo Laboral de Respuesta Rápida en Instalaciones Específicas México-Estados Unidos, y el segundo el Mecanismo Laboral de Respuesta Rápida en Instalaciones Específicas México-Canadá. Su propósito es garantizar la reparación de una denegación de derechos para trabajadores en una instalación cubierta.

Conforme a los referidos Anexos 31-A y 31-B, por denegación de derechos se entiende la negativa del derecho de libre asociación y negociación colectiva a los trabajadores de una instalación cubierta, conforme a las leyes necesarias para cumplir con las obligaciones de la otra Parte inherentes al T-MEC, y por instalación cubierta se entiende una instalación en el territorio de una Parte

que: (i) produce una mercancía o suministra un servicio comercializado entre las Partes; o (ii) produce una mercancía o suministra un servicio que compite en el territorio de una Parte con una mercancía o un servicio de otra Parte, y es una instalación en un Sector Prioritario, es decir, que se trata de un sector que produce mercancías manufacturadas³¹, suministra servicios, o involucra minería.

Si una Parte reclamante considera que está ocurriendo una denegación de derechos en una instalación cubierta, primero solicitará que la Parte demandada realice su propia revisión para determinar si existe dicha situación. Si la Parte demandada determina que hay una denegación de derechos, intentará repararla dentro de los 45 días siguientes a la solicitud. La Parte reclamante proporcionará información suficiente para apoyar la revisión que realice la Parte demandada. Esta última tendrá un plazo de diez días para notificar a la otra Parte si tiene la intención de efectuar la revisión solicitada. Si la Parte demandada se rehúsa a realizar la revisión o no notifica en el mencionado plazo de 10 días que tiene la intención de hacerlo, la Parte reclamante podrá solicitar la integración de un Panel Laboral de Respuesta Rápida para realizar la verificación y

³¹ Para mayor certeza, los Anexos 31-A y 31-B aclaran que las mercancías manufacturadas incluyen, pero no se limitan, a productos y componentes aeroespaciales, autos y autopartes, productos cosméticos, mercancías de panadería elaboradas industrialmente, acero y aluminio, vidrio, cerámico, plástico, forjas, y cemento.

determinación respectiva, y poder imponer medidas de reparación³².

Para ello, las Partes establecerán y mantendrán listas de Panelistas Laborales, que serán nombrados para integrar las listas por un mínimo de cuatro años, y deberán tener conocimientos y experiencia en derecho y práctica laboral, y en la aplicación de normas y derechos reconocidos por la OIT.

V. Disputas en Materia Ambiental

Aunque el TLCAN tampoco incluyó un Capítulo que regulara la materia ambiental, los Estados Partes suscribieron paralelamente al tratado comercial un Acuerdo de Cooperación Ambiental, el ACAAN³³. El Capítulo 24 del T-MEC cubre los aspectos ambientales bajo el nuevo tratado y, adicionalmente, en forma similar al ACAAN, los gobiernos de los tres países celebraron en forma simultánea al T-MEC un nuevo “Acuerdo en Materia de Cooperación Ambiental” (AMCA).

El principal propósito del Capítulo 24 del T-MEC y del AMCA, es la protección del medio ambiente y la prevención de peligros contra la vida o la salud humana. Para ello, las Partes reconocen que es

inapropiado fomentar el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección otorgada en sus leyes ambientales, y proponen utilizar la cooperación ambiental como un medio para promover políticas comerciales y ambientales que se apoyen mutuamente.

El Capítulo 24 del T-MEC hace énfasis en el uso de mecanismos consultivos así como en la información y participación públicas, estableciendo que cada Parte dispondrá la recepción y consideración de preguntas y comentarios escritos de personas, referentes a la implementación de dicho Capítulo. El Capítulo 24 también exige que las Partes se aseguren que cualquier persona interesada pueda solicitar que las autoridades competentes de una Parte investiguen presuntas violaciones a sus leyes ambientales, y garantizar el acceso a procedimientos administrativos, cuasi judiciales o judiciales, que sean justos, equitativos y transparentes, que cumplan con el debido proceso, y que permitan la aplicación de las leyes ambientales y sanciones apropiadas por violaciones a dichas leyes.

Además de contener regulaciones específicas en ciertas materias

³² Las medidas de reparación que puede imponer la Parte reclamante dependerán de la gravedad de la denegación de derechos, según sea apropiado, y pueden consistir en (i) la suspensión del tratamiento arancelario preferencial para las mercancías manufacturadas en la instalación cubierta, (ii) la imposición de sanciones sobre las mercancías manufacturadas en la Instalación Cubierta, o (iii) los servicios suministrados por la Instalación Cubierta.

³³ “Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte” (o NAAEC por sus siglas en inglés: “North American Agreement on Environmental Cooperation”), 1ero de enero de 1994, http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/ambien1.asp

ambientales³⁴, tanto el AMCA como el Capítulo 24 del T-MEC prevén diversos mecanismos e instancias institucionales para abordar los asuntos que surjan en materia ambiental, a saber:

(a) Comité de Medio Ambiente y Puntos de Contacto

El Capítulo 24 del T-MEC crea un Comité de Medio Ambiente compuesto por representantes gubernamentales de alto nivel de las autoridades nacionales relevantes de comercio y medio ambiente del nivel central de gobierno de cada Parte, responsables de la implementación de dicho Capítulo. Entre las funciones de ese Comité está la de considerar y procurar resolver las Consultas de Representantes de Alto Nivel que se regulan en el mismo Capítulo.

Para facilitar las comunicaciones entre las Partes para la implementación del Capítulo 24, cada Parte debe designar un Punto de Contacto, dentro de los 90 días siguientes a la entrada en vigencia del T-MEC.

(b) Comisión para la Cooperación Ambiental

El AMCA se centra en la necesidad de cooperación entre las Partes del T-MEC, y para ello reitera que las Partes continuarán participando en la

Comisión para la Cooperación Ambiental (CCA) establecida originalmente bajo el ACAAN, integrada por (i) un Consejo, (ii) un Secretariado, y (iii) un Comité Consultivo Público Conjunto.

(c) Peticiones sobre la aplicación de la Legislación Ambiental

El Capítulo 24 del T-MEC prevé que cualquier persona podrá presentar peticiones relativas a omisiones de alguna de las Partes en la aplicación efectiva de sus leyes ambientales. Tales peticiones se presentarán ante el Secretariado de la CCA, que examinará cada petición y determinará si amerita solicitar una respuesta de la Parte involucrada. Una vez notificada, la Parte puede proporcionar información referente a: (i) la aplicación de su legislación ambiental y cualesquiera medidas tomadas en relación con el asunto en cuestión; (ii) si el asunto ha sido previamente materia de un procedimiento judicial o administrativo; y (iii) si hay recursos internos relacionados con el asunto al alcance de la persona que presenta la petición, y si se ha acudido a ellos. Si el asunto en cuestión es materia de un procedimiento judicial o administrativo pendiente de resolución, el Secretariado no continuará con el trámite.

³⁴ Por ejemplo, el Capítulo 24 del T-MEC regula aspectos relativos a la pesca, a recursos forestales, la calidad del aire, la protección de la capa de ozono, la protección del medio marino (contra la contaminación por buques, o por basura marina), y el ACA se refiere a la necesidad de cooperación para reducir la contaminación, o para la conservación y protección de la biodiversidad y los hábitats, el uso sustentable de los recursos naturales, el crecimiento verde, entre otros.

(d) Expedientes de Hechos

Conforme al Capítulo 24 del T-MEC, si el Secretariado de la CCA considera que en vista de la respuesta de la Parte la petición amerita que se elabore un expediente de hechos, así lo informará al Comité de Medio Ambiente y al Consejo de la CCA proporcionando sus razones. Si al menos dos miembros del Consejo le ordenan hacerlo, el Secretariado elaborará un proyecto de expediente de hechos, incorporando los comentarios de las Partes y cualquier otra información pertinente, en un expediente final de hechos.

El Comité de Medio Ambiente considerará el expediente final de hechos, y podrá presentar recomendaciones al Consejo de la CCA sobre si el asunto planteado podría beneficiarse de actividades de cooperación entre las Partes.

(e) Consultas Medioambientales

Una Parte (consultante) puede solicitar consultas con cualquier otra Parte (consultada), respecto de cualquier asunto que surja conforme al Capítulo 24 del T-MEC. La consulta también debe ser entregada a la tercera Parte que no sea consultante o consultada, la cual podrá participar si considera que tiene interés sustancial en el asunto. Las Partes deben hacer sus mejores esfuerzos a través de las consultas para alcanzar soluciones consensuadas y mutuamente satisfactorias, mediante

actividades de cooperación o el asesoramiento y asistencia de cualquier persona u organismo que consideren apropiado.

(f) Consultas de Representantes de Alto Nivel

Si las Partes consultantes no logran resolver el asunto mediante las Consultas Medioambientales, el Capítulo 24 del T-MEC prevé que una Parte puede solicitar a través de los Puntos de Contacto, que los representantes del Comité de Medio Ambiente de las Partes consultantes se reúnan para considerar y tratar de resolver el asunto. Los representantes ante el Comité de una tercera Parte pueden participar en las Consultas si consideran tener un interés sustancial en el asunto.

(g) Consultas Ministeriales

Si las Partes consultantes no logran resolver el asunto mediante las Consultas de Representantes de Alto Nivel, el Capítulo 24 del T-MEC también prevé que una Parte puede referir el asunto a los Ministros relevantes de las Partes consultantes, quienes buscarán resolver el asunto.

(h) Solución de las controversias mediante un Panel Arbitral

Si las Partes consultantes no logran resolver el asunto mediante las Consultas dentro de determinado

plazo³⁵, la Parte solicitante puede solicitar el establecimiento de un Panel en la misma forma prevista por el Capítulo 31 para las controversias comerciales. En esta materia se prevé que un Panel puede buscar asesoramiento o asistencia técnica para abordar el asunto, y proporcionará a las Partes la oportunidad de comentar sobre dicho asesoramiento o asistencia técnica recibida.

VI. Conclusiones y Perspectivas

Muchos ponían en duda que los tres Estados miembros del TLCAN pudieran ponerse de acuerdo para modificar dicho tratado y celebrar un acuerdo que lo sustituyera. Sin embargo, a pesar de las dificultades y largas negociaciones entre las Partes para poder alcanzar el Acuerdo, y la resistencia de una u otra Parte en ciertas materias, el T-MEC es una realidad y ya se encuentra en vigencia desde el 1 de julio de 2020.

Como acuerdo comercial, el T-MEC ha sido objeto de halagos y críticas, pues aunque se le reconoce que contiene mejoras, se le acusa también de empeorar otros aspectos. De cualquier forma, el T-MEC contiene sus propios mecanismos para solucionar las diferencias que surjan entre los Estados Partes, ya sea mediante la aplicación de ciertos remedios comerciales o mediante los mecanismos de solución de

disputas allí previstos, que en última instancia contemplan el establecimiento de un Panel Arbitral. Sin embargo, más allá del hecho de que se deja siempre la puerta abierta a la negociación y a las soluciones consensuadas entre las Partes, lo cierto es que incluso en el supuesto que actúe un Panel Arbitral, son las propias Partes las únicas que pueden solucionar sus controversias mediante un entendimiento entre ellas, antes, durante y después de la activación de cualesquiera mecanismos. Lo mismo es predicable respecto de las disputas laborales y medioambientales.

En el ámbito de las inversiones, se ha especulado que el T-MEC pudiera frenarlas, porque restringe y reduce la cantidad de inversionistas que podrían demandar a los países anfitriones en un arbitraje inversionista-Estado para proteger sus inversiones. Es un hecho que los inversionistas extranjeros a menudo temen recurrir a los tribunales locales del país receptor de la inversión. En comparación, un arbitraje, que es ampliamente reconocido como el principal mecanismo para la protección de las inversiones extranjeras, suele representar una parte importante de los esfuerzos de los Estados para atraer capitales foráneos. No parece ser ese el caso del T-MEC, donde el acceso al arbitraje inversionista-Estado solo será posible para inversionistas mexicanos en

³⁵ El plazo previsto originalmente en el texto del Capítulo 24 del T-MEC del año 2018 era de 30 días, pero fue ampliado a 75 días por el Protocolo Modificatorio que las Partes suscribieron el 10 de diciembre de 2019.

Estados Unidos, o para inversionistas estadounidenses en México, aunque con bastantes restricciones.

El panorama anterior debe alentar a las compañías e inversionistas que operan en la zona de libre comercio de América del Norte a contar con evaluación y asesoría legal adecuadas para proteger sus inversiones, en un entorno donde las opciones para la resolución de disputas se verán significativamente limitadas para los inversionistas bajo el T-MEC.