

LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MARCO DEL NAFTA

JOSÉ LUIS SIQUEIROS*

SUMARIO: I. *Antecedentes.*—II. *Solución de controversias inversionista-Estado receptor.*—III. *Solución de controversias sobre antidumping y cuotas compensatorias.*—IV. *Controversias sobre inversión en materia de servicios financieros.*—V. *Controversias comerciales privadas sobre productos agropecuarios.*—VI. *Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias.*—VI.1. *Sección A. La Comisión de Libre Comercio.*—VI.2. *Sección B. La solución de controversias.*—VI.3. *Solución de controversias conforme al GATT.*—VI.4. *Consultas.*—VI.5. *La Comisión, buenos oficios, conciliación y mediación.*—VI.6. *Procedimientos ante los paneles arbitrales.*—VI.7. *Las reglas de procedimiento.*—VI.8. *Expertos y Comités de revisión científica.*—VI.9. *Informes preliminar y final del pánel.*—VI.10. *Ejecución de los informes de los paneles.*—VI.11. *Sección C. Interpretación del TNLC ante instancias judiciales o administrativas internas.*—VI.12. *Solución de controversias comerciales de carácter privado.*—VII. *Los acuerdos paralelos en materia de cooperación ambiental y laboral.*—VIII. *Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte.*—VIII.1. *Inicio del procedimiento.*—VIII.2. *Integración de paneles arbitrales.*—VIII.3. *Selección del panel.*—VIII.4. *Reglas de procedimiento.*—VIII.5. *Informes preliminar y final del panel.*—VIII.6. *Cumplimiento del informe final.*—VIII.7. *Suspensión de beneficios.*—IX. *El Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte.*—IX.1. *Inicio del procedimiento.*—IX.2. *Integración de paneles arbitrales.*—IX.3. *Selección del panel y reglas de procedimiento.*—IX.4. *Informes preliminar y final del panel. Su cumplimiento.*—X. *Reflexiones finales.*

I. ANTECEDENTES

El Tratado de Libre Comercio para América del Norte, también conocido en México por sus siglas TNLC y en Estados Unidos de América y Canadá (así

* Presidente del Comité Jurídico Interamericano.

como en la mayoría de los países) por su sigla inglesa NAFTA, fue firmado por los Ejecutivos de los tres países signatarios el 17 de diciembre de 1992.

El instrumento ha sido aprobado por los poderes legislativos de cada uno de los países Parte, de conformidad con los sistemas constitucionales propios¹. En México ya ha sido ratificado por el Senado, y ha sido promulgado y publicado en el *Diario Oficial de la Federación*. El Tratado entrará en vigor el 1 de enero de 1994.

El instrumento es un documento muy extenso que contiene veintidós Capítulos, múltiples Anexos y cerca de 2.000 páginas². Establece formalmente una zona de libre comercio entre México, Canadá y Estados Unidos, inserta en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)³. Sus objetivos son eliminar barreras al comercio, promover condiciones para una competencia justa, incrementar las oportunidades de inversión, proporcionar protección adecuada a los derechos de propiedad intelectual, establecer procedimientos efectivos para la aplicación del Tratado y la solución de las controversias que puedan surgir como resultado de su desempeño.

El TNLC o NAFTA dispone que otros países o grupos de países podrán ser admitidos como miembros de él, con el consentimiento de los tres miembros originales y de conformidad con los términos y condiciones que éstos establezcan una vez concluidos los procesos internos de aprobación en cada uno de ellos⁴.

Si bien es cierto que los negociadores del TNLC tuvieron muy en cuenta las disposiciones y contexto general del Tratado de Libre de Comercio entre Canadá y los Estados Unidos de América (FTA), en vigor desde el 1 de enero de 1989⁵, también lo es que muchos de sus capítulos fueron modificados y varios esquemas, incluyendo el relativo a mecanismos para la solución de controversias, adquieren características novedosas.

El FTA EUA-Canadá contiene dos Capítulos, el 18 y el 19, que regulan la solución de controversias. El primero de ellos⁶ establece la organización institucional y las disposiciones del mismo se aplican primordialmente a evitar o resolver las controversias derivadas de la interpretación y aplicación del trata-

¹ Como dato de interés, el instrumento será un verdadero Tratado en México, a ratificarse según los procedimientos constitucionales aplicables (arts. 76-I y 133 de la Constitución Política de los E.U.M.). Para los Estados Unidos se tratará de un «Acuerdo Ejecutivo» que firmará el titular de su Ejecutivo Federal y que requerirá de la aprobación final por parte del Congreso y posteriormente de una ley que lo instrumente. Por lo que respecta a Canadá el Convenio requerirá de la aprobación del Parlamento y de legislación posterior que lo instrumente.

² Publicación del texto último del TLC autorizada por SECOFI.

³ Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). *Basic Documents of International Economic Law*. CCH International, vol. I, 1990, págs. 3-76.

⁴ Art. 2.205

⁵ Datos en «Basic Documents...», págs. 359-524.

⁶ Arts. 1.801 al 1.808.

do. El Capítulo 19⁷ se refiere a los mecanismos de solución de diferencias derivadas de prácticas desleales, básicamente antidumping e imposición de cuotas compensatorias.

Con las modificaciones que más adelante se advierten, no en lo esencial, pero sí en los mecanismos de instrumentación, el contexto del Capítulo 18 de FTA se trasladó al Capítulo XX del TNLC. El esquema del Capítulo 19 de Acuerdo EUA-Canadá se conservó en el Capítulo XIX del nuevo instrumento tripartita. Si bien es cierto que los mecanismos descritos en los Capítulos XI (relativo a inversiones)⁸, XIX y XX pueden ser los más significativos en materia de solución de controversias en el tratado, más concretamente el último de ellos por ser de carácter genérico; también lo es que otros capítulos incluyen mecanismos de este tipo, entre ellos aquellos referentes a servicios financieros⁹ y agricultura¹⁰.

Este estudio enfocará el análisis de las disposiciones del TNLC (NAFTA), que están relacionadas con la solución de controversias en:

- a) materia de inversión, es decir, de aquellas que se plantean entre una Parte (el Estado receptor) y un inversionista de la otra Parte;
- b) de aquellas que surgen en materia de antidumping y cuotas compensatorias, y
- c) de aquellas contempladas en el Capítulo XX del Tratado, referido a las instituciones y a los mecanismos de solución de disputas sobre la interpretación y aplicación de aquél.

En lo que respecta a las controversias sobre inversión en materia de servicios financieros, se hará un breve examen de los dos artículos del Capítulo XIV que las regulan y en lo atinente a las controversias comerciales privadas sobre productos agropecuarios, sólo se mencionará el dispositivo que establece la creación del Comité Asesor en dicha materia.

II. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO RECEPTOR

El Capítulo XI del Tratado, titulado «Inversión», se divide en dos Secciones. La «A», referida a la inversión misma, su ámbito de aplicación y condiciones

⁷ Arts. 1.901 al 1.904.13.

⁸ Capítulo XI, Subcapítulos A y B del Tratado, con sus Anexos.

⁹ Arts. 1.414 y 1.415 del Tratado.

¹⁰ Art. 707 del Tratado.

mínimas en el tratamiento legal de los inversionistas, y la «B», concerniente a la solución de las controversias que puedan surgir entre la Parte receptora de la inversión y el inversionista de la otra Parte.

Sin extendernos demasiado en la normatividad contenida en la Sección A, podríase resumir que su objetivo es otorgar a los inversionistas¹¹ (una Parte en el instrumento, una empresa de la misma, o un nacional de ella) un trato no menos favorable que aquel que la Parte otorgue, en circunstancias similares, a sus propios nacionales. Asimismo, el concederles el trato de «nación más favorecida», vale decir, no menos favorable al que otorga a los inversionistas de otra Parte o nacionales de un país que no sea Parte del Tratado. Por otro lado, los susodichos inversionistas gozarán de un trato acorde con el Derecho internacional, que sea justo y equitativo, con protección y seguridad plenas¹².

Ninguna de las Partes podrá imponer, ni hacer cumplir a los inversionistas de la otra, determinados requisitos de desempeño en sus actividades relacionadas con el establecimiento, administración, operación y conducción de su inversión (definida en términos muy amplios), incluyendo cualquier restricción en la alta dirección empresarial o participación en los Consejos de administración¹³.

El tratamiento favorable al inversionista extranjero también incluye la libertad en las transferencias al extranjero y el derecho a recibir una indemnización justa, sin demora y liquidable, en casos de expropiación o nacionalización¹⁴.

Si bien es cierto que algunas de las obligaciones impuestas a la Parte receptora de la inversión se encuentran sujetas a reservas y excepciones que se contienen en los Anexos I, II, III y IV del instrumento¹⁵, reservas y excepciones que se indican en las listas de cada Parte y que atenúan el rigor de los principios básicos, la tesis consagrada en este Capítulo XI es que las controversias que llegaran a surgir como resultado de la violación a los derechos garantizados a los inversionistas en la Sección A, se solucionarán según el mecanismo de arbitraje que se regula en la Sección B del mismo Capítulo.

Podrán acceder a dicho mecanismo aquellos inversionistas extranjeros que hayan sufrido pérdidas o daños como consecuencia del incumplimiento de las

¹¹ Ver art. 1.139 del TNLC, que contiene las definiciones de los conceptos o términos usados en el Capítulo XI.

¹² «Nivel mínimo de trato», definido en el art. 1.105.

¹³ Ver arts. 1.106 y 1.107.

¹⁴ Ver art. 1.110.

¹⁵ Las reservas y excepciones a los Capítulos de Inversión, Comercio Transfronterizo de Servicios y Servicios Financieros, constan en los Anexos I, II, III, IV, V, VI, y VII del Tomo II de la Edición SECOFI, México, D. F., 1992.

disposiciones u obligaciones establecidas en la Sección A, o cuando se conculcan las disciplinas impuestas a monopolios o empresas de Estado¹⁶.

Como lo ha expresado uno de los funcionarios mexicanos que estuvo involucrado en la negociación del NAFTA, «a fin de que las disputas que surjan entre inversionistas extranjeros y el Estado huésped de la inversión puedan ser resueltas por la vía de la consulta o negociación, se contempla que deberán transcurrir seis meses desde que se adoptó la medida que es presuntamente violatoria del capítulo, para que pueda iniciarse el procedimiento arbitral.

Asimismo, la acción para iniciar un procedimiento arbitral bajo esta Sección prescribe tres años después de que se instrumentó la medida que causó daño al inversionista»¹⁷.

Siendo una de las preocupaciones fundamentales al negociar este esquema que se impidiera el desahogo de procedimientos paralelos respecto de la misma medida, y con el fin de evitar la posibilidad de que se dieran sentencias contradictorias entre los tribunales arbitrales y los tribunales domésticos, la Sección B contiene un anexo específico que opera en caso de demandas interpuestas contra el Estado mexicano. En él se consigna que el inversionista tendrá que elegir entre dirimir su controversia a través de los tribunales mexicanos o vía el arbitraje internacional.

Una vez hecha la elección, ésta será definitiva y no podrá entonces acudir al otro medio de solución de la disputa. Se preserva la posibilidad de que se interpongan los recursos administrativos que correspondan sin que por ello el inversionista extranjero renuncie a su facultad de acudir al arbitraje internacional. Ello con el objeto de que la autoridad administrativa pueda resarcir el daño causado al inversionista extranjero antes de que éste inicie un procedimiento arbitral. Con el fin de desahogar el procedimiento arbitral, se contempla la posibilidad de utilizar cualquiera de las siguientes reglas de arbitraje:

- a) El Convenio de CIADI (Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, suscrito en Washington el 18 de marzo de 1965).
- b) El Mecanismo Complementario de CIADI, cuando una de las Partes sea Estado parte del CIADI, o

¹⁶ El art. 1.116 se refiere a las obligaciones establecidas en el art. 1.503.2 para las «Empresas de Estado», y al párrafo 3 a) del art. 1.502, relativa a «Monopolio y Empresas de Estado», cuando unas y otras actúan de manera incompatible con lo dispuesto en la Sección A.

¹⁷ Lic. Fernando HEFTYE ETIENNE, «El Capítulo de Inversión en el Tratado de Libre Comercio con Norteamérica», incluido en la publicación *Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio*, II, Universidad Iberoamericana, Depto. de Derecho, México, 1993, págs. 38 y ss.

- c) Las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL (Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1976).

A la fecha, de los tres países que suscribieron el TNLC, únicamente Estados Unidos es Parte de CIADI, por lo que las controversias que se susciten entre inversionistas de México y Canadá con respecto a medidas que adopte cualquiera de los países, sólo serían dirimidas a través de utilización de las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, hasta en tanto estos países no sean Parte del Convenio de CIADI.

La Sección B contiene disposiciones destinadas a asegurar que, a través de la misma, se confirme el consentimiento al procedimiento arbitral a cargo de las Partes, encaminadas al debido cumplimiento de las Reglas de arbitraje anteriormente consignadas, las cuales serán aplicables, salvo regulaciones concretas dispuestas en la propia Sección B.

El procedimiento para la designación de árbitros e integración del tribunal arbitral tiene por objeto garantizar la imparcialidad del mismo. Debido a lo anterior, se prescribe que, salvo acuerdo de las partes involucradas en la controversia, el tribunal arbitral estará integrado por tres árbitros. Cada parte designará a uno de ellos y el tercero, quien fungirá como Presidente del tribunal arbitral, será elegido de una lista de 45 árbitros que será acordada por las Partes antes de la entrada en vigor del TNLC, independientemente de la nacionalidad de sus integrantes.

En ningún caso podrá el presidente del tribunal arbitral ser nacional de la Parte contra la que se interpuso el arbitraje. Con ello se pretende, por una parte, a garantizar la composición imparcial del tribunal y a la vez crear un sentido adicional de responsabilidad para aquellos que sean designados dentro de la lista de 45 árbitros.

Una innovación que introduce la Sección B estriba en la inclusión de un apartado sobre acumulación de procedimientos, en virtud del cual un tribunal de acumulación podrá asumir jurisdicción sobre varios asuntos derivados de la misma medida adoptada por el país huésped de la inversión y de esta forma ventilar ante un sólo tribunal arbitral todas estas demandas, con lo que se obtiene una eficiencia procesal y se evita, desde el punto de vista del Estado presuntamente responsable, el desahogar varios procedimientos arbitrales en paralelo, siendo que los mismos emanan del mismo acto.

Se prevé, asimismo, que el derecho aplicable será el propio TNLC y el Derecho internacional. Asimismo, que el procedimiento arbitral se llevará a cabo en el territorio de una de las Partes, que sea a su vez Parte de la Convención de Nueva York, sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales

Extranjeras. Si bien es cierto que tanto México como Estados Unidos y Canadá son partes de esta Convención, ello se contempló a la luz de posibles adhesiones al TNLC y con el afán de evitar que el procedimiento arbitral se desahogue en jurisdicciones totalmente ajenas a la región.

Resulta particularmente importante que el laudo arbitral que se expida únicamente podrá ordenar el pago de una compensación de carácter monetario. Aunque se contempla que el laudo pueda también ordenar la restitución de la propiedad, se deberá otorgar la posibilidad al Estado responsable de acatar el laudo, la de pagar una indemnización monetaria en forma alternativa. Por ende, en ningún caso podrá el laudo ordenar que se modifique o se elimine la medida adoptada, ya que ello sería objeto del esquema de solución de controversias previsto en el Capítulo XX¹⁸.

III. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS SOBRE ANTIDUMPING Y CUOTAS COMPENSATORIAS

El Capítulo XIX se ocupa de las prácticas desleales de comercio conocidas como «dumping» y «subsidijs», que en ambos casos dan lugar, según la legislación interna de los tres países, a la imposición de «cuotas compensatorias»; cabe decir, la imposición de un arancel adicional a las importaciones que se consideraron desleales para el fabricante nacional de productos similares, para así supuestamente restablecer la competencia comercial¹⁹.

Las controversias contempladas por este Capítulo son aquellas que surgen cuando una de las Partes del NAFTA adopta reformas legislativas o reglamentarias en perjuicio de otra, o cuando existen «resoluciones definitivas» emitidas por autoridades administrativas internas en esta materia, resoluciones que se estiman violatorias del Tratado y que deben ser revisadas por un panel arbitral.

Tratándose de reformas legislativas, la Parte que se sienta afectada podrá solicitar la formación de un panel binacional, que emitirá una opinión declarativa sobre la reforma propuesta, pronunciándose sobre su incompatibilidad con el TNLC, con el GATT o sus códigos de conducta. La opinión declaratoria inicial podrá convertirse en definitiva, a menos que una de las Partes pida una reconsideración. Si ésta no prosperara, sigue un proceso de consultas mutuas para que

¹⁸ *Ibid.*, pág. 40.

¹⁹ Para una mayor información sobre este tema puede consultarse el estudio de Lic. Julio C. TREVIÑO, «La solución de controversias sobre antidumping y cuotas compensatorias en el Capítulo 19 de TLC», incluido en la misma publicación citada en la nota 17 *supra*, págs. 53, ss.

la Parte presuntamente en culpa rectifique su conducta. Si no lo hace, la Parte afectada podrá adoptar acciones legislativas equivalentes en contra de la otra, o bien dar por terminado el Tratado, mediante aviso anticipado²⁰.

En resumen, el panel no dicta un laudo con carácter vinculante, sino sólo opiniones que propician la consulta y negociación entre las Partes en conflicto. De no obtenerse una solución satisfactoria, la Parte afectada procederá a la retorsión o a la denuncia del instrumento.

Tratándose de resoluciones definitivas emitidas por organismos administrativos del más alto nivel interno, es decir, de aquellos competentes para resolver en materia de práctica desleales de comercio, la Parte que se considere afectada por la citada resolución tendrá la opción de recurrirla judicialmente según el derecho interno, o bien someterla al conocimiento de un panel arbitral. Este último, se formaría a petición de cualquiera de las Partes «implicadas» (normalmente la Parte importadora o aquella cuyas mercancías sean objeto de la resolución impugnada).

La petición puede hacerse a iniciativa propia o a solicitud de una persona privada que bajo la normatividad local podría pedir la revisión judicial.

En esta segunda hipótesis la persona interesada no está legitimada como «parte» en el procedimiento; sólo se convierte en una especie de coadyuvante de la Parte (Estado contratante) afectada por la resolución, pero puede comparecer y ser representada por abogados ante el panel, solicitar información y presentar pruebas y alegatos.

La misión del panel es determinar si la autoridad competente de la Parte importadora emitió la resolución definitiva de conformidad con la legislación aplicable en su país, incluyendo las disposiciones relevantes en materia de prácticas desleales, reglamentos, prácticas administrativas y precedentes judiciales. Deberá tomar también en cuenta los principios generales del derecho.

El panel seguirá los procedimientos que establezcan las partes una vez que entre en vigor el Tratado y emitirá su resolución en un período de 315 días, contados desde la fecha en que se solicitó su integración. Dicha resolución del panel podrá confirmar la determinación de la autoridad administrativa o devolverla a esta última para que se adopten medidas congruentes con la resolución del panel. En la práctica creemos que se tratará de una revocación o una modificación de fondo. La resolución del panel será obligatoria para las Partes y ninguna de ellas podrá establecer en su legislación interna la impugnación ante sus tribunales contra dicho fallo. Sólo se prevé un recurso excepcional llamado de impugnación extraordinaria, para el caso de que una de las Partes alegara

²⁰ Arts. 1.903 y 1.904.

parcialidad, conflicto de intereses o alguna violación grave a las reglas de conducta de los miembros del panel. Este recurso lo resuelve un Comité compuesto por tres jueces o ex-jueces, a nivel federal o de tribunales de apelación, seleccionados de una nómina especial²¹.

Según el Anexo 1.901.2, los paneles binacionales estarán compuestos por cinco miembros, dos de ellos nombrados por cada Parte involucrada en la disputa y un quinto miembro elegido de común acuerdo. Los llamados panelistas se eligen de una lista de 75 individuos. Cada una de las Partes seleccionará a 25 nacionales de Canadá, Estados Unidos y México. Los integrantes, además de cumplir con requisitos de prestigio y confiabilidad, deberán comprobar su independencia, prefiriéndose a juristas de buena reputación. El Presidente del panel se elegirá dentro de los abogados que formen parte del mismo, por mayoría, y si no la hay, por sorteo.

El art. 1.905 establece un sistema, muy prolijo, que tiene por objeto proteger o salvaguardar todo el sistema de revisión de los paneles instituidos en este Capítulo, así como el cumplimiento de sus resoluciones. En caso de cualquier irregularidad, la Parte afectada podrá solicitar la realización de consultas con la otra Parte involucrada.

Si las consultas recíprocas fueran infructuosas, la Parte reclamante podrá solicitar la instalación de un Comité Especial, cuya misión consistiría en revisar la actuación de los paneles y conceder a las Partes una nueva oportunidad de consulta o de modificación sobre lo ya fallado; algo semejante a lo que podría ser una segunda instancia²².

IV. CONTROVERSIAS SOBRE INVERSIÓN EN MATERIA DE SERVICIOS FINANCIEROS

El Capítulo XIV del TNLC o NAFTA se refiere a medidas relativas a instituciones financieras, a inversiones de una Parte en dicha materia en el territorio de otra y al comercio transfronterizo de servicios financieros.

Al presentarse una controversia dentro de estos ámbitos, se aplicarán los mecanismos previstos en el Capítulo XX, Sección B del Tratado, con las modificaciones que se prevén en los arts. 1.414 y 1.415 del Capítulo XIV. En tal hipótesis estaremos frente a una controversia de naturaleza específica, finan-

²¹ Anexo 1.904.13, dentro del mismo Capítulo.

²² El Anexo 1.904.15 precisa las reformas que deberán introducirse en la legislación interna de cada una de las tres Partes signatorias del Tratado. La lista de Canadá contiene previstas once reformas; la de México, veintiuna, y la de Estados Unidos, trece.

ciera, y los integrantes de los paneles se escogerán de una nómina o lista hasta de 15 individuos, con las aptitudes y disposición necesarias para actuar en esta materia. El criterio que prevaleció en la negociación fue el de que los panelistas tuviesen experiencia y pericia en el ramo financiero²³.

Esta clase de controversias está correlacionada con las disputas que surjan en materia de inversión (Capítulo XI)²⁴. Cuando se presente una reclamación instaurada por un inversionista de una de las Partes, sea por cuenta propia, sea en representación de una empresa, al amparo de la Sección B del Capítulo XI, y dicho inversionista se someta al arbitraje, la Parte demandada (Estado receptor) puede excepcionarse de conformidad con el art. 1.410 (Capítulo XIV).

El sentido de tal excepción es que el tribunal arbitral que va a conocer de la contienda, deberá remitir el asunto al Comité de Servicios Financieros formado por los Estados Parte, según el art. 1412, para que dicho Comité decida acerca de y en qué grado la invocación del art. 1410 es una defensa válida contra la demanda del inversionista.

La decisión del Comité de Servicios Financieros se transmitirá al tribunal arbitral y a la Comisión de Libre Comercio. Dicha decisión será obligatoria para el tribunal.

Si la excepción prospera ante el Comité, el panel se integrará por los miembros de la lista de especialistas en Derecho financiero, y dicho panel resolverá de conformidad con las normas del Capítulo XX, Sección B²⁵. En este supuesto el tribunal arbitral que inicialmente había conocido de la demanda del inversionista, deberá declinar su competencia y en todo caso esperar hasta la determinación definitiva del panel, que será obligatoria para el tribunal arbitral.

Sólo en caso de que la excepción fuera desechada por el Comité, que éste se abstuviera de resolver, o que en el último caso la parte contendiente no pidiera la instalación del panel en los plazos señalados por el art. 1.415, párrafos 3 y 4, podrá el tribunal arbitral decidir el litigio²⁶.

V. CONTROVERSIAS COMERCIALES PRIVADAS SOBRE PRODUCTOS AGROPECUARIOS

En el Capítulo VII del Tratado (Sector Agropecuario y Medidas Sanitarias y Fitosanitarias), establece la creación de un Comité de Comercio Agropecuario,

²³ Ver art. 1.401.

²⁴ Esta interrelación se comprueba en los arts. 1.101, parr. 3, 1.410, 1.414 y 1.415.

²⁵ Ver art. 1.414, párrafo 1.

²⁶ Ver art. 1.415, párrafo 4.

integrado por representantes de cada uno de los tres países signatarios. El artículo 707 dispone que el citado Comité establecerá a su vez un Comité Asesor en Materia de Controversias Comerciales Privadas sobre productos Agropecuarios, integrado por personas con experiencia o con conocimientos especializados en esta clase de controversias. Este Comité asesor presentará informes y recomendaciones al Comité, encaminadas a la elaboración de sistemas en el territorio de cada una de las Partes, para lograr la solución rápida y efectiva de las controversias de esta naturaleza, tomando en cuenta cualquier circunstancia especial, como puede ser el carácter perecedero de ciertos productos agropecuarios.

Sin perjuicio de la creación del Comité asesor antes mencionado y sin menoscabo de sus atribuciones, pensamos que los mecanismos de solución de controversias en esta área serán aquellos previstos en el Capítulo XX, genérico en la materia²⁷.

VI. DISPOSICIONES INSTITUCIONALES Y PROCEDIMIENTOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El Capítulo XX del NAFTA está dividido en tres secciones: la Sección A, relativa a las instituciones, que incluye a la Comisión de Libre Comercio y al Secretariado; la Sección B (la más amplia) relativa al mecanismo genérico de solución de controversias, y la Sección C, referente a procedimientos internos y a la solución de controversias comerciales privadas.

Para los propósitos de este estudio nos avocaremos principalmente al análisis de la Secciones B y C. Sin embargo, deben hacerse algunos breves comentarios en torno a la Sección A.

1. Sección A. La Comisión de Libre Comercio

El órgano de mayor jerarquía en el TNLC está integrado por funcionarios de las tres Partes, de nivel ministerial; tiene como una de sus atribuciones²⁸ la de prevenir o resolver todas las controversias que pudieren surgir respecto a la interpretación o aplicación del Tratado, o en cualquier momento en que una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra parte es o podría

²⁷ Ver art. 2.004.

²⁸ Art. 2.001, párr. 2, inciso c).

ser incompatible con las obligaciones de este Tratado, o que sin contravenir el tratado pueda causar anulación o menoscabo en los términos del Anexo 2.004 del propio capítulo²⁹.

La Comisión, entre otras atribuciones, podrá establecer Comités «ad hoc» o permanentes, grupos de trabajo o de expertos, y delegar responsabilidades en ellos. La Comisión establecerá sus reglas y procedimientos y todas sus resoluciones serán tomadas por consenso³⁰.

La Comisión deberá tener un Secretariado, integrado por tres secciones nacionales. El Secretariado brindará apoyo administrativo a los paneles y Comités instituidos conforme al Capítulo XIX (solución de controversias en materia de antidumping y cuotas compensatorias) y aquellos formados de conformidad con el Capítulo XX, según los procedimientos establecidos para uno y otro.

VI.2. Sección B. La solución de controversias

El principio que permea este Capítulo es el de la amigable concertación. Las Partes se obligan a procurar un acuerdo sobre la interpretación y aplicación del Tratado, y mediante cooperación y consultas bipartitas o tripartitas alcanzar una solución mutuamente satisfactoria.

VI.3. Solución de controversias conforme al GATT

Cuando surja una controversia con relación a lo dispuesto en el TLC y que también lo sea conforme al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), así como por convenios negociados según el mismo o por acuerdo sucesor de aquél, tales controversias podrán resolverse en uno u otro foro, a discreción de la Parte reclamante³¹.

Sin embargo, antes de que la Parte reclamante inicie el procedimiento relativo ante el GATT, notificará su intención de hacerlo a cualquier Parte tercera,

²⁹ El Anexo 2.004, párr. 1 del Capítulo XX, autoriza a las Partes a recurrir al mecanismo establecido por éste en los casos que se indican, por considerar que se nulifican o menoscaban los beneficios esperados.

³⁰ Art. 2.001, párr. 4.

³¹ Art. 2.005.

y si esta última prefiriera recurrir a los procedimientos instituidos en el TLC, lo comunicará a la Parte notificadora y ambas, mediante consultas recíprocas, tratarán de convenir en un foro único. Si no llegan a un acuerdo, la controversia se solucionará según los lineamientos del TLC.

Existen algunas excepciones a las reglas anteriores. Ellas versan sobre materias relacionadas con acuerdos en materia ambiental y de conservación, sector agropecuario, medidas sanitarias y fitosanitarias o relativas a normalización (Capítulo IX). En estos casos la Parte demandada puede oponerse a que la controversia se dirima en el seno del GATT, solicitando a la Comisión que se recurra a los procedimientos de solución de controversias previstos en el TLC, siguiéndose de inmediato aquellos que contemplan los buenos oficios, la conciliación y la mediación. Si la parte reclamante hubiese ya iniciado los procedimientos establecidos en el artículo XXIII del GATT, los deberá suspender sin demora. Sin perjuicio de estas materias de excepción, una vez iniciado el procedimiento conforme al GATT o conforme al TLC, el foro seleccionado será excluyente del otro.

VI.4. Consultas

Cuando una Parte considere que cualquier medida adoptada o en proyecto por parte de cualquiera otra pudiese afectar el funcionamiento del Tratado, iniciará un mecanismo de consultas valiéndose de su sección en el Secretariado. A ese fin aportarán la información suficiente para permitir un examen completo de la medida impugnada, se intercambiarán opiniones y tratarán de encontrar una solución que no afecte desfavorablemente a ninguna de las Partes³².

VI.5. La Comisión, buenos oficios, conciliación y mediación

En caso de que las partes no logran resolver el asunto mediante el procedimiento de consultas dentro de ciertos plazos, normalmente de 30 a 45 días, cualquiera de ellas podrá solicitar por escrito que se reúna la Comisión en sesión plenaria. La Parte solicitante señalará las disposiciones del Tratado que considere aplicables, notificando mediante copia de su solicitud a las otras Partes y a su sección del Secretariado.

³² Art. 2.006.

La Comisión se avocará sin demora la solución de la controversia, y al efecto podrá:

- a) convocar asesores técnicos o crear grupos de trabajo o de expertos;
- b) recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación o a otros procedimientos para la solución de controversias, o
- c) formular recomendaciones a fin de que las partes logren una solución mutuamente satisfactoria.

La Comisión podrá acumular dos o más procedimientos cuando considere conveniente examinarlos conjuntamente³³.

VI.6. Procedimientos ante los paneles arbitrales

En caso de que la intervención de la Comisión resultare infructuosa en los plazos contemplados, cualquiera de las Partes consultantes podrá solicitar la integración de un panel arbitral, notificando su intención a las otras Partes y a su sección del Secretariado. Cuando una Parte tercera considere que tiene interés sustancial en el asunto, previa entrega de notificación escrita a las partes contendientes³⁴, tendrá derecho a asistir a todas las audiencias y a presentar comunicaciones orales o escritas al panel³⁵.

El panel o tribunal arbitral se forma por cinco miembros. Éstos se designan de una lista con un máximo de treinta individuos que cuenten con las aptitudes e idoneidad necesarias. Los integrantes de la nómina son electos por consenso de las Partes y por períodos de tres años. Pueden ser reelectos.

Dichos miembros deben tener conocimientos en materia jurídica, en comercio internacional, en la solución de controversias, en negocios transnacionales y en otros aspectos del TNLC; además, deberán comprobar su objetividad, confiabilidad y buen juicio³⁶.

Su neutralidad es importante; por lo mismo deberán ser independientes y no tener vinculación alguna con cualquiera de las Partes³⁷. Asimismo satisfacer el código de conducta que establezca la Comisión³⁸. Podrán ser originarios de

³³ Art. 2.007.

³⁴ Art. 2.008, párr. 3.

³⁵ Art. 2.013.

³⁶ Art. 2.009, párr. 2 a).

³⁷ Art. 2.009, párr. 2 b).

³⁸ Art. 2.009, párr. 2 c).

cualquier país, incluso de un país que no sea miembro del TNLC. En caso excepcionales se podrán designar como árbitros a personas que no estén en la nómina, pero en tal caso cualquiera de las Partes contendientes podrá recusarlos sin expresión de causa. Si un árbitro incurre en violación del código de conducta, las Partes, después de consultarse entre sí, podrán destituirlo y reemplazarlo conforme las reglas anteriores.

Cuando sean dos las Partes contendientes, las mismas procederán primero a la designación del presidente. Si no logran un acuerdo dentro de los 15 días siguientes a la entrega de la solicitud, una de ellas, electa por sorteo, designará al presidente de la nómina de árbitros. El electo no podrá tener la nacionalidad de la Parte que lo nombró, pero podrá ser ciudadano de un país que no sea miembro del TNLC.

Dentro de los 15 días siguientes a la elección del presidente del panel, cada Parte contendiente seleccionará dos árbitros de la lista. Los así escogidos no podrán ser ciudadanos de la Parte designadora. Este novel Sistema, prácticamente único en este tipo de mecanismos, se le conoce como proceso de selección inversa³⁹.

Si son más de dos las Partes contendientes, una vez designado el presidente, las dos reclamantes designarán un árbitro cada una y la Parte contra la cual se dirige la reclamación nombrará los otros dos, siguiéndose para el caso el mismo mecanismo de selección cruzada⁴⁰.

El Tratado prevé una lista especial de expertos para el caso de controversias en materia de servicios financieros.

VI.7. Las reglas de procedimiento

La Comisión debe establecer Reglas Modelo de Procedimiento. En uno de los Anexos del Capítulo XX⁴¹ se establecen parámetros y un marco de referencia en relación con aquéllas. Según el artículo 2.012 del TNLC, dichas Reglas deberán contener los siguientes principios:

- a) se debe garantizar como mínimo el derecho a una audiencia ante el panel, así como la oportunidad de presentar alegatos y réplicas;
- b) las audiencias ante el panel, las deliberaciones y el informe preliminar, así como los escritos y comunicaciones, deberán ser confidenciales.

³⁹ Art. 2.011, parr. 1 b).

⁴⁰ Art. 2.011, parr. 2.2.

⁴¹ Anexo 2.005 del Cap. XX.

Salvo que las Partes convengan en un procedimiento «ad hoc», el proceso se regirá por las Reglas Modelo. Dentro de los 20 días siguientes a la entrega de la solicitud para integrar el panel arbitral la misión de los árbitros⁴² será:

«Examinar a la luz de las disposiciones aplicables del TNLC el asunto sometido a la Comisión y emitir las conclusiones, determinaciones y recomendaciones a que se refiere el artículo 2.016, párrafo 2»⁴³. Esta referencia alude al informe preliminar que debe producir el panel.

Cualquiera de las Partes podrá pedir que el acta de misión incluya como materia de la controversia cualquier asunto que sea causa de anulación o menoscabo de beneficios y su deseo de que el panel formule conclusiones sobre el grado de efectos comerciales adversos que haya generado la medida impugnada⁴⁴.

VI.8. Expertos y Comités de revisión científica

A instancia de Parte contendiente o a iniciativa propia, el panel podrá recabar información y asesoría técnica; también podrá solicitar un informe escrito a un Comité de revisión científica sobre cualesquiera cuestiones de hecho relativas al medio ambiente, la salud, la seguridad u otros temas científicos. El Comité será seleccionado por el panel, integrándolo con expertos independientes altamente calificados en su especialidad. El panel tomará en cuenta el informe que rinda el Comité, así como las observaciones que las Partes pudieran hacerle⁴⁵.

VI.9. Informes preliminar y final del pánel

Dentro de los 90 días siguientes al nombramiento del último árbitro, o en cualquier otro plazo que las Partes o las Reglas Modelo determinen, el panel presentará a los contendientes un informe preliminar que contendrá:

⁴² En el texto inglés del instrumento se alude a los «términos de referencia» concepto tomado de las Reglas del Procedimiento Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional. Los textos francés y español de dicho Reglamento (art. 13, párr. 1) se refieren al «acte de mission» y «acta de misión», respectivamente. Se trata de la fijación del mandato que las partes otorgan a los árbitros para resolver los puntos en litigio.

⁴³ Art. 2.012, párr. 3.

⁴⁴ Art. 2.012, párr. 5.

⁴⁵ Arts. 2.014 y 2.015.

- a) las conclusiones de hecho («findings of fact»);
- b) la determinación sobre si la medida en cuestión es o puede ser incompatible con las obligaciones derivadas del Tratado o es causa de anulación o menoscabo, y
- c) sus recomendaciones para la solución de la controversia.

Dentro de los 14 días siguientes a su emisión, las Partes podrán hacer sus observaciones al informe preliminar. El panel podrá también solicitar las observaciones de cualquier Parte interesada, reconsiderar su informe o llevar a cabo exámenes ulteriores.

En un plazo de 30 días posteriores a la presentación de su informe preliminar, el panel emitirá su informe final (incluyendo los votos particulares cuando no hubiera sido aprobado por unanimidad), sin mencionar la identidad de los árbitros que hayan votado en favor o en contra. Las Partes contendientes comunicarán confidencialmente a la Comisión el informe final del panel con todos los anexos que fueran pertinentes y el mismo se publicará 15 días después de tal comunicación⁴⁶.

VI.10. Ejecución de los informes de los paneles

Una vez recibido el informe final del panel las Partes contendientes convenirán la resolución de la controversia. No debe olvidarse que estamos frente a un arbitraje entre Estados soberanos, y que el informe final no es un laudo, por lo que no puede tener el carácter de obligatorio, si no lo establece el propio tratado. Este último sólo establece que la resolución que convengan las Partes se ajustara, por lo regular, a la determinación y recomendaciones del panel y que tal resolución consistirá en la no ejecución o en la derogación de la medida impugnada que sea incompatible con el mismo tratado o sea causa de anulación o menoscabo de sus beneficios. Si la resolución acordada no fuese en tal sentido, la Parte que estuviera en falta podrá compensar a la agraviada con el pago de una indemnización⁴⁷.

Si la Parte contra la cual se dirigió la reclamación no llegase a un acuerdo satisfactorio con la Parte o Partes reclamantes, estas últimas podrán suspenderle la aplicación de beneficios de efecto equivalente, vale decir una medida

⁴⁶ Arts. 2.016, 2.017.

⁴⁷ Art. 2.018, párrs. 1, 2.

de represalia, que perduraría hasta se haya alcanzado un acuerdo sobre la resolución de la controversia.

Si la Parte afectada con la medida de represalia en un determinado sector o sectores considera que aquélla es excesiva, solicitará a la Comisión que instale un nuevo panel para que éste determine si es excesivo el nivel de ventajas que se le hubieran suspendido⁴⁸.

VI.11. Sección C. Interpretación del TNLC ante instancias judiciales o administrativas internas

Cuando en un procedimiento judicial o administrativo interno surgiera una cuestión de interpretación o aplicación del tratado, es factible que el tribunal u órgano administrativo solicite la opinión de una de las Partes. En tal hipótesis esa Parte lo notificará a las otras y a su sección del Secretariado. Una vez turnado el asunto a la Comisión ésta acordará la respuesta adecuada, misma que se hará llegar al órgano consultante por conducto de la Parte en cuyo territorio se encuentra ubicado. Cuando la Comisión no logre llegar a un acuerdo sobre la respuesta adecuada, cualquiera de las Partes podrá someter su propia opinión al tribunal u órgano interesado, de acuerdo con las reglas del foro⁴⁹.

Las Partes en el TNLC se obligan a no otorgar en su legislación interna derechos de acción a particulares, a fin de impedir a éstos iniciar demandas contra cualquiera de las Partes cuando consideren que una medida tomada por alguna de las Partes es incompatible con el Tratado⁵⁰.

VI.12. Solución de controversias comerciales de carácter privado

En la medida de lo posible, se promoverá y facilitará el uso del arbitraje y otros mecanismos alternativos para la solución de controversias comerciales entre particulares. A tal objetivo cada Parte dispondrá de los procedimientos internos que aseguren la observancia de los acuerdos arbitrales y el reconocimiento y ejecución de los laudos.

⁴⁸ Art. 2.019, párrs. 1, 2, 3.

⁴⁹ Art. 2.020, párrs. 1, 2, 3.

⁵⁰ Art. 2.021.

Se considerará que las Partes cumplen con lo anteriormente dispuesto si son partes de las Convenciones de Nueva York (1958) y Panamá (1975), sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos y sobre Arbitraje Comercial Internacional, respectivamente, y se ajustan a sus disposiciones.

La Comisión establecerá un Comité consultivo integrado por especialistas en esta rama, el que presentará informes y recomendaciones a la Comisión sobre cuestiones que sean enviadas a dicho cuerpo, en las que pueda ser eficaz el mecanismo arbitral y otros procedimientos análogos para la solución de controversias en la zona de libre comercio⁵¹.

VII. LOS ACUERDOS PARALELOS EN MATERIA DE COOPERACIÓN AMBIENTAL Y LABORAL

Una vez firmado el TNLC por los Ejecutivos de los tres países signatarios el 17 de diciembre de 1992, dos de los Jefes de Estado (los de Estados Unidos y Canadá) dejaron de ser titulares en sus cargos.

El nuevo Presidente de los Estados Unidos, William Clinton, electo por mayoría del Partido Demócrata, enfrentó oposición de sus mismos partidarios en cuanto a la ratificación del instrumento por parte del Congreso. Con el propósito de atenuar las críticas que se formulaban contra un instrumento negociado por la anterior administración (Partido Republicano), Clinton propuso a sus contrapartes el negociar nuevos acuerdos «paralelos» o complementarios al tratado original. Dichos acuerdos se concentrarían en aquellas áreas, que a juicio de los críticos no habían sido suficientemente cubiertas en el TNLC, específicamente en materias de cooperación ambiental, aspectos laborales y de medidas de emergencia⁵².

Los acuerdos paralelos se negociaron durante febrero a agosto de 1993 y fueron aprobados y suscritos simultáneamente por los Ejecutivos de los tres países el 14 de septiembre del mismo año. Tales acuerdos son aquellos mencionados en el rubro y otro más concerniente a la creación de un fondo para la financiación de proyectos de infraestructura ambiental en la región fronteriza de México y los Estados Unidos⁵³.

⁵¹ Art. 2.022, párr. 4.

⁵² Las medidas de emergencia están reguladas en el Capítulo VIII del Tratado y se refieren a la posibilidad de ejercerlas en casos de que bienes o servicios de un país se importen en el territorio de otro, en cantidades tan elevadas, que por sí solas constituyan una causa sustancial de daño serio o amenaza a una industria nacional competidora.

⁵³ Se trata de un fondo con aportaciones bilaterales, de cuantía significativa, para sufragar los costos de tratamiento de desechos tóxicos en las corrientes de agua, contaminación de los recursos acuíferos y de los desechos sólidos arrojados por los municipios.

Los dos acuerdos paralelos que contienen sendos Capítulos (Partes) en materia de solución de controversias, son los relativos a la cooperación en materia ambiental y laboral, a los que dirigiremos nuestra atención en este estudio.

VIII. ACUERDO DE COOPERACIÓN AMBIENTAL DE AMÉRICA DEL NORTE

El Acuerdo está suscrito por los Gobiernos de los tres países. Entre sus objetivos están el alentar la protección y el mejoramiento del medio ambiente en los territorios de las Partes y el de promover el desarrollo sustentable a partir de la cooperación y el apoyo mutuo en políticas ambientales y económicas.

El instrumento cuenta con un Preámbulo, siete Partes⁵⁴ y cuatro Anexos⁵⁵.

La quinta Parte está referida a Consultas y Solución de Controversias. Cualquiera de los Estados Parte podrá solicitar por escrito consultas con cualquiera otra Parte respecto a la existencia de una pauta persistente de omisiones en la aplicación efectiva de la legislación ambiental de esa otra Parte. Por «pauta persistente» debe entenderse un curso de acción o de omisiones sostenido y recurrente posterior a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo⁵⁶. Las Partes consultadas harán todo lo posible por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria del asunto a través de estas consultas.

VIII.1. Inicio del Procedimiento

Si las Partes consultantes no logran resolver el asunto en los 60 días posteriores a la entrega de la solicitud de consultas, cualquiera de ellas podrá solicitar una sesión extraordinaria del Consejo⁵⁷. El Consejo se reunirá dentro de

⁵⁴ Las Partes del Acuerdo se refieren a Objetivos, Obligaciones, Comisión para la Cooperación Ambiental, Cooperación y Suministro de Información, Consultas y Solución de Controversias, Disposiciones Generales y Disposiciones Finales.

⁵⁵ Se trata de los Anexos 34, 36A, 36B y 41. Los tres primeros se relacionan con el Capítulo de Consultas y Solución de Controversias.

⁵⁶ Arts. 22 y 45,1 b).

⁵⁷ El Consejo está integrado por representantes de las Partes a nivel de Secretaría de Estado o su equivalente. El Consejo, con el Secretariado y el Comité Consultivo Público Conjunto, forman la Comisión para la Cooperación Ambiental. Art. 8 del Acuerdo.

los veinte días siguientes a la entrega de la solicitud y se abocará sin demora a resolver la controversia. A ese efecto podrá convocar a asesores técnicos, recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación o a otros procedimientos de solución de controversias, o bien formular recomendaciones⁵⁸, todo ello con el fin de alcanzar una solución mutuamente satisfactoria.

VIII.2. Integración de paneles arbitrales

Cuando el Consejo se haya reunido conforme a lo previsto en el apartado anterior y dicho órgano no hubiese podido resolver la diferencia en un plazo de 60 días, el propio Consejo, mediante el voto de dos terceras partes de sus miembros, cuando se alegue la existencia de una pauta persistente de omisiones, convocará a un panel arbitral.

Dicho panel examinará si efectivamente existe dicha pauta persistente de la Parte demandada en la aplicación de su legislación ambiental relativa a los lugares de trabajo, las empresas, las compañías o los sectores que produzcan bienes o proporcionen servicios.

Cuando la Tercera Parte considere tener un interés sustancial en el asunto, tendrá derecho a participar como Parte reclamante, previa notificación a las otras y al Secretariado⁵⁹.

El Consejo entregará y conservará una lista de hasta 45 individuos que cuenten con las aptitudes y la disposición para ser panelistas. Los miembros serán electos por consenso, por períodos de tres años y podrán ser reelectos. Deberán, además:

- a) tener conocimientos especializados o experiencia en Derecho ambiental o su aplicación;
- b) ser objetivos, confiables y de buen juicio;
- c) ser independientes (no estar vinculados con ninguna de las Partes), y
- d) cumplir con el Código de Conducta que establecerá el Consejo.

⁵⁸ Art. 23.1), 2), 3) y 4).

⁵⁹ Art. 24.1) y 2). Del cotejo de estos dispositivos, y en genera de la mayor parte de esta Quinta Parte del Acuerdo paralelo, con las normas que regulan el procedimiento en el Capítulo XX del TNLC, puede advertirse una gran analogía.

A diferencia de la terminología usada en el Capítulo XX, los integrantes del panel son llamados simplemente «panelistas», y no «árbitros».

VIII.3. Selección del panel

El artículo 27 de este Acuerdo paralelo sigue muy de cerca la regulación establecida por el artículo 2.011 del TNLC. Con mínimas discrepancias en lo referente a plazos y en una más depurada terminología⁶⁰, reglamenta la elección de los panelistas siguiendo el mismo cartabón. La designación se hace mediante el sistema de «selección cruzada». En tal virtud nos remitimos a los comentarios y observaciones hechas en el punto 6.6. *supra* que, «mutatis mutandis», son aquí procedentes.

VIII.4. Reglas de procedimiento

El Consejo establecerá Reglas Modelo de Procedimiento. Estas últimas siguen la pauta de aquellas fijadas en el Capítulo XX del TNLC; sólo que, en vez de establecer que las audiencias del panel serán confidenciales, se precisa que ningún panel podrá divulgar qué panelistas sostienen opiniones de mayoría o de minoría.

El acta de misión (mandato de las panelistas) será examinar si a la luz de las disposiciones aplicables del Acuerdo, ha existido una pauta persistente de omisiones de la Parte demandada en la aplicación efectiva de su legislación ambiental y emitir las conclusiones, determinaciones y recomendaciones pertinentes⁶¹.

Se regula la participación de la potencial Tercera Parte en el procedimiento y se otorgan facultades al panel para recabar asesoría técnica de expertos.

VIII.5. Informes preliminar y final del panel

Salvo que las partes contendientes acuerden otra cosa, dentro de los 180 días siguientes al nombramiento del último panelista, el informe preliminar contendrá:

⁶⁰ En el art. 2.011 se alude a «recusación incontravertible» contra panelistas propuestos que no figuren en la lista. El artículo correlativo del Acuerdo paralelo se refiere, con más propiedad, a «recusación sin expresión de causa».

⁶¹ Ver art. 28.

- a) las conclusiones de hecho;
- b) la determinación si ha habido una pauta persistente de omisiones (por la Parte demandada) de su legislación ambiental; en caso de haberla,
- c) sus recomendaciones para la solución de la controversia.

Las Partes contendientes podrán hacer observaciones al informe preliminar y el panel podrá, de oficio o a petición de Parte contendiente, solicitar más observaciones, reconsiderar su informe o llevar a cabo un examen ulterior⁶².

El informe final lo rinde el panel en un plazo de 60 días posteriores a la presentación del informe preliminar.

Las Partes contendientes lo comunican al Consejo en los 15 días siguientes a su presentación. Cinco días después debe ser publicado.

VIII.6. Cumplimiento del informe final

Cuando un panel ha determinado, en su informe final, que ha habido una pauta persistente de omisiones, las Partes contendientes podrán acordar un plan de acción mutuamente satisfactorio, el cual se ajustará normalmente a las determinaciones y recomendaciones del panel⁶³. Este plan de acción debe convenirse dentro de los 60 días siguientes a la fecha del informe final. Si las Partes contendientes no obtienen acuerdo sobre dicho plan, o si habiéndolo establecido, una de las Partes estima que la otra no está cumpliéndolo plenamente, cualquiera de ellas podrá solicitar que el panel se reúna de nuevo.

Los negociadores del Acuerdo quisieron dar a las Partes un plazo suficiente para madurar su intención de convocar nuevamente al panel, concediéndoles plazos razonables para presentar su solicitud, tanto antes de llegar a un consenso sobre el llamado plan de acción, como después de rendido el informe final⁶⁴.

⁶² Ver art. 31, que sigue muy de cerca al art. 2.016 del TNLC.

⁶³ Ver art. 34. En este aspecto el Acuerdo paralelo es diferente del sistema previsto en el Capítulo XX del TNLC. En este último se establece que las Partes contendientes convendrán la resolución de la controversia, con las consecuencias que se comentaron en el punto 6.10 *supra*.

⁶⁴ La solicitud no podrá presentarse en un plazo menor de 60 días, ni después de los 120 días posteriores a la fecha del informe final.

Cuando un panel se reúna de nuevo para concertar el plan de acción, determinará si aquel propuesto por la Parte demandada es suficiente para corregir la pauta de no aplicación, en cuyo caso lo aprobará. En caso de no serlo, establecerá dicho plan conforme a la legislación de la parte demandada; adicionalmente podrá, si lo amerita, imponer una contribución monetaria a la Parte renuente⁶⁵, dentro de los 90 días posteriores a la reiniciación de los trabajos del panel.

Si el panel se reúne de nuevo (por segunda vez), para determinar si la Parte demandada está cumpliendo plenamente con el plan de acción, determinará:

- a) si la Parte demandada está cumpliendo debidamente con el plan, o
- b) en caso contrario, impondrá la contribución monetaria (multa) siguiendo los parámetros indicados en el Anexo 34, dentro de los 60 días posteriores a la fecha en que reinició labores el panel. Las disposiciones que dicte el panel, en cualquiera de las dos hipótesis, serán definitivas⁶⁶.

Después de seis meses, contados a partir de la determinación del panel reunido por segunda ocasión, la Parte reclamante podrá nuevamente pedir que el panel se reúna por tercera vez, para determinar si la demandada está cumpliendo plenamente el plan de acción. El panel determinará en 60 días en un sentido u otro.

VIII.7. Suspensión de beneficios

Si la Parte demandada no hubiere pagado la multa dentro de los 180 días posteriores a aquella en que el panel se la hubiere impuesto, en cualquiera de las dos posibilidades que se han examinado, la Parte o Partes reclamantes podrán suspenderle los beneficios derivados del TNLC, por un monto no mayor al necesario para cobrar la contribución monetaria.

⁶⁵ El Anexo 34 del Acuerdo establece que durante el primer año (a partir de la fecha de entrada en vigor) la contribución monetaria no será mayor de 20 millones de dólares (EE.UU.) o su equivalente en moneda nacional. Después del primer año la contribución monetaria no será mayor del 0,007 por 100 del comercio total de bienes entre las Partes en la controversia. Las «multas» se depositarán en un fondo establecido a nombre de la Comisión y se utilizarán, bajo la supervisión del Consejo, para mejorar el medio ambiente o la aplicación de la legislación ambiental de la Parte demandada.

⁶⁶ Para dar una idea de la complejidad y lo profundo de estas disposiciones, acordes con la estructura mental y técnica anglo-sajonas, baste decir que el art. 34 (Revisión del cumplimiento) ocupa página y media, tiene quinientas cinco palabras, está dividido en 6 apartados, 9 incisos y cinco sub-incisos.

En el caso de Canadá, la determinación de un panel imponiendo una contribución monetaria se convierte en un «mandato judicial» y puede ser presentada ante tribunal canadiense competente para ser ejecutado. El procedimiento es sumario y la resolución de la autoridad judicial no estará sujeta a revisión⁶⁷. En el caso de México y de los Estados Unidos, la determinación final del panel no es ejecutable ante la justicia ordinaria. En esa virtud si dicha Parte demandada no cumple con la citada determinación, es decir, si no paga en último extremo la sanción pecuniaria, la otra Parte o Partes reclamantes podrán suspenderle los beneficios comerciales, incrementando la tasa arancelaria sobre bienes originados en ese país. Tal incremento podrá aplicarse únicamente por el tiempo necesario para recaudar, a través de dicho incremento, la contribución monetaria que se le impuso. La Parte reclamante que ejerza la represalia comercial procurará suspender los beneficios dentro del sector o sectores respecto de los cuales existió la pauta recurrente de omisiones por parte de la demandada⁶⁸.

De lo anterior se desprende que el «impasse» que existía en las negociaciones trilaterales en materia de incumplimientos se superó con dos vías alternas. Canadá no aceptó las represalias comerciales. México y Estados Unidos sí estarán sujetos a la suspensión temporal de los beneficios derivados del tratado de libre comercio, si no han pagado las sanciones económicas o la pauta persistente de violación continúa existiendo.

IX. EL ACUERDO DE COOPERACIÓN LABORAL DE AMÉRICA DEL NORTE

Este instrumento sigue un corte muy singular a su homólogo en materia ambiental. También cuenta con un Preámbulo, siete Partes⁶⁹ y siete Anexos⁷⁰.

En su Preámbulo se recuerda que los tres Gobiernos han expresado su Determinación de crear nuevas oportunidades de empleo, de mejorar las condiciones de trabajo y los niveles de vida, protegiendo, ampliando y haciendo efectivos los derechos básicos de los trabajadores. Asimismo se reconoce que la protección de los derechos básicos de los trabajadores propiciará la adopción de estrategias competitivas de alta productividad.

⁶⁷ Ver Anexo 36A y art. 36, 2) del Acuerdo.

⁶⁸ Ver Anexo 36B y art. 36, 2), 3), 4) y 5) del Acuerdo.

⁶⁹ Las Partes del Acuerdo se refieren a Objetivos, Obligaciones, Comisión para la Cooperación Laboral, Consultas y Evaluaciones para la Cooperación, Solución de Controversias, Disposiciones Generales y Disposiciones Finales.

⁷⁰ Se trata de los Anexos 1, 23, 39, 41A, 41B, 46 y 49. Los Anexos 39, 41A y 41B se relacionan con la Parte concerniente a Solución de Controversias.

En la Quinta Parte, materia de este estudio, se precisa que después de la presentación por el CEE⁷¹ al Consejo Ministerial (que conjuntamente con el Secretariado integra la Comisión para la Cooperación Laboral) de su informe final⁷², cualquiera de las Partes podrá solicitar por escrito consultas con cualquiera otra respecto a la existencia de una pauta persistente⁷³ de omisiones de esa otra Parte en la aplicación efectiva de dichas normas en relación con el asunto general tratado en el informe.

La solicitud de consultas se cursa a las otras Partes y al Secretariado. Las Partes consultantes harán todo lo posible por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria del asunto.

IX.1. Inicio del procedimiento

El art. 28, bajo este rubro, es idéntico al art. 23 del Acuerdo en materia ambiental, por lo cual nos remitimos a los comentarios hechos en relación con aquél en el punto 8.1 *supra*.

IX.2. Integración de paneles arbitrales

En forma análoga a la prevista por el Acuerdo en materia ambiental, el Consejo convocará a un panel arbitral cuando se alegue la existencia de una pauta persistente de omisiones de la Parte demandada en la aplicación efectiva de sus normas técnicas, ahora referidas a seguridad e higiene en el trabajo de menores, o salario mínimo.

Dicha «pauta persistente»⁷⁴ de omisiones podrá estar: a) relacionada con el comercio, o b) encontrarse amparada por leyes laborales mutuamente reconocidas.

Las disposiciones relativas a la integración del panel, incluyendo las listas de posibles panelistas, los requisitos para serlo y la factibilidad de que una tercera Parte intervenga en la contienda, son iguales a las normas contenidas para los mismos fines en el Acuerdo ambiental⁷⁵.

⁷¹ Comité Evaluador de Expertos.

⁷² Relativo a la aplicación de las normas técnicas laborales de una Parte, en materia de seguridad e higiene en el trabajo, trabajo de menores o salarios mínimos.

⁷³ «Pauta persistente» significa una conducta sostenida o recurrente.

⁷⁴ «Pauta persistente» significa una conducta sostenida o recurrente.

⁷⁵ Los arts. 30 y 31 del Acuerdo laboral son prácticamente idénticos a los arts. 25 y 26 de su contraparte ambiental.

IX.3. Selección del panel y reglas de procedimiento

Son prácticamente las mismas disposiciones que aquellas contenidas en el Acuerdo en materia ambiental⁷⁶, con la diferencia, obviamente, que la misión de los panelistas estará dirigida a examinar si la «pauta persistente» de la Parte demandada estuvo patentizada en la inobservancia de sus normas técnicas laborales en materia de seguridad e higiene en el trabajo, trabajo de menores o salario mínimo, a fin de emitir en su momento las conclusiones, determinaciones y recomendaciones pertinentes.

IX.4. Informes preliminar y final del panel. Su cumplimiento

La Parte quinta del Acuerdo laboral sigue en forma paralela los lineamientos aprobados en la Parte correlativa del Acuerdo ambiental en lo atinente a la formulación del informe preliminar del panel arbitral, de la presentación de su informe final y de las reglas para el cumplimiento de este último, incluyendo la prolija normatividad sobre las consecuencias del incumplimiento del llamado plan de acción. En esa virtud, los comentarios en torno a los procedimientos relevantes para la imposición de contribuciones monetarias⁷⁷ y suspensión de beneficios comerciales en el TNLC, son igualmente válidos en esta materia. La reserva canadiense para ejecutar la determinación del panel como un mandato judicial ante sus tribunales internos se repite en materia laboral⁷⁸. La posibilidad de suspender temporalmente los beneficios del tratado de libre comercio a México y a los Estados Unidos, si la determinación del panel no deriva en su eventual cumplimiento o en el pago de la sanción económica, sigue el mismo patrón establecido en el Acuerdo homólogo⁷⁹.

X. REFLEXIONES FINALES

Es evidente que la actitud de los negociadores en materia de solución de controversias fue la de acudir a la cooperación para llegar a un acuerdo. Esta actitud es más patente tratándose de la interpretación y aplicación del Tratado. Conforme al esquema trazado en el Capítulo XX (genérico en la materia), las

⁷⁶ Comparar arts. 32 y 33 del Acuerdo laboral con los arts. 27 y 28 del Acuerdo ambiental.

⁷⁷ El Anexo 39 del Acuerdo laboral es idéntico al Anexo 34 del Acuerdo ambiental.

⁷⁸ El Anexo 41A del Acuerdo laboral es idéntico al Anexo 36A del Acuerdo ambiental.

⁷⁹ El Anexo 41B del Acuerdo laboral es idéntico al Anexo 36B del Acuerdo ambiental.

Partes procurarán, en todo momento, mediante la cooperación y consultas, alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de cualquier asunto que pudiera afectar el funcionamiento del Tratado.

Sólo cuando la Comisión de Libre Comercio hubiera agotado sus buenos oficios, la conciliación y la mediación, podrán las Partes solicitar la integración de un panel arbitral para dirimir la controversia. El panel emite un informe preliminar y una determinación final, que no es un laudo o una resolución vinculante, sino sólo una recomendación para la no ejecución o la derogación de la medida que sea disconforme con el TNLC o sea causa de su anulación y menoscabo. El incumplimiento de la recomendación sólo trae aparejado la imposición de medidas de represalia o la posible denuncia del instrumento. La Comisión no tiene facultades para intervenir en la ejecución de la determinación final del panel. Se ha obviado la instancia jerárquica superior, en aras de una composición entre las Partes involucradas en la disputa.

Los negociadores de los Acuerdos Paralelos fueron más estrictos. La negativa en el cumplimiento del informe final del panel arbitral trae aparejada una serie de consecuencias más drásticas, que pueden llegar a la ejecución de una sustancial sanción económica (caso de Canadá) o hasta la suspensión de los beneficios comerciales derivados del tratado, en una suma equivalente a la compensación monetaria (Caso de México y Estados Unidos).

Sin embargo, a diferencia de otros sistemas integracionistas (el ejemplo más notable es el Acuerdo de Cartagena), no existe un tribunal supranacional para resolver jurisdiccionalmente la controversia; tampoco se asemeja al sistema adoptado en el MERCOSUR y reflejado en el Protocolo de Brasilia, donde los laudos del Tribunal arbitral son inapelables y obligatorios para los Estados Parte en el diferendo.

Tal vez la explicación de todo lo anterior es que en una área de libre comercio, como es el NAFTA, no se crea un derecho comunitario que es propio a una etapa superior de integración. En el caso del Grupo Andino, a través de un Tratado posterior entre los Estados Parte, se le reconoce al tribunal «capacidad para declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente». Este esquema no es propio a una zona de libre comercio ni a una unión aduanera. Cuando las Partes en la controversia son los Estados mismos, no es fácil que éstos cedan soberanía o deleguen funciones jurisdiccionales a órganos supranacionales.

En otro aspecto del problema, distinto a la interpretación y aplicación del Tratado, donde los particulares tienen un rol más participativo, como es el caso de la inversión extranjera, el enfoque es diverso. El arbitraje internacional se presenta aquí como la mejor alternativa; de ahí que los mecanismos previstos en el Capítulo respectivo han sido aceptados por los Estados signatarios sin mayor problema.

Un aporte positivo lo constituye el estímulo al arbitraje en la solución de disputas comerciales que puedan suscitarse entre particulares. El TNLC dispone que cada Parte establecerá los mecanismos adecuados que aseguren la observancia de los pactos arbitrales y el reconocimiento y la ejecución de los laudos en el marco de las Convenciones de Nueva York y Panamá. Sin restarle méritos a dichas disposiciones, debe advertirse que su inclusión en el Capítulo XX, diseñado para regular la solución de controversias entre Estados soberanos, está fuera de contexto.