

## LA CONTROVERSIA DEL AUTOTRANSPORTE DE CARGA EN EL TLCAN

Jorge WITKER

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los servicios en el GATT 1947, TLCAN y la OMC*. III. *Los servicios de autotransporte de carga mexicano*. IV. *El marco convenido en el TLCAN*. V. *Incumplimiento de Estados Unidos y la recomendación del panel*. VI. *Derechos del gobierno de México ante la Comisión de Libre Comercio del TLCAN*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

Durante estos diez años de vigencia del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el autotransporte de carga, inscrito en el comercio transfronterizo de servicios del capítulo XII y la inversión respectiva del capítulo XI, es uno de los puntos pendientes materia de una controversia prolongada entre Estados Unidos y México.

En este ensayo, se hace un recuento y evolución de dicho conflicto, remarcando que el incumplimiento estadounidense de no permitir —como si lo hace con Canadá— la libre entrada de autotransportes mexicanos a su territorio, ha vulnerado los principios de trato nacional y de nación más favorecida, pese a tener un fallo arbitral desfavorable que da la razón al gobierno de México, sin que éste, hasta la fecha, ejerza los derechos que los capítulos XII y XX le reconocen para exigir lo dispuesto en dicho fallo arbitral.

La solución pragmática, que rige en la actualidad, es limitar la entrada de autotransportistas de ambos países, hasta la línea fronteriza respectiva, entabando en partes, el libre flujo de transportes de carga terrestre de las mercancías exportadas e importadas desde cada lado de la frontera.

La amenaza mayor, sin embargo, para los autotransportistas mexicanos, es que la Secretaría de Economía, a partir del 1o. de enero del 2004, está permitiendo la entrada de inversionistas estadounidenses, vía inversiones neutras o directas, en empresas prestadoras de servicios de auto-transporte de carga doméstica o interna, desplazando injustamente a los transportistas nacionales. Se trata de una interpretación unilateral de la descandelarización de las reservas del capítulo XI (anexo 1) que confunde el transporte de carga internacional con la carga doméstica reservada exclusivamente a mexicanos, desligándola, además, de los incumplimientos del capítulo XII, olvidando que la inversión está subordinada al servicio según lo prescribe el artículo 1112 del propio TLCAN. No está de más reiterar que dicho tratado debe en todo momento estar de acuerdo con el texto constitucional vigente.

Parte importante de este ensayo, está basado en los argumentos de la defensa jurídica que lleva a cabo actualmente, la Cámara Nacional del Autotransporte de Carga (Canacar), México, con los que se evidencia que el derecho y la equidad están de lado de los intereses nacionales.

## II. LOS SERVICIOS EN EL GATT 1947, TLCAN Y OMC

Los servicios conforman actividades económicas estratégicas que originadas en los rubros terciarios de las economías nacionales, tienen en las regulaciones administrativas internas sus principales fundamentos.

Por ello, las políticas estatales en los servicios en general y en los públicos en particular, han sobrerregulado sus operaciones, propiciando ineficiencias y obstáculos, contrarios a la competitividad de agentes económicos diversos de los mercados abiertos.<sup>1</sup>

La incorporación de los servicios a las corrientes comerciales internacionales, ha sido uno de los temas sensibles, en el cual los consensos liberatorios son limitados.<sup>2</sup>

En efecto, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947, sólo estableció compromisos en el ámbito de las mercancías

<sup>1</sup> Véase, Hernández Ramírez Laura, *Comercialización internacional de los servicios en México: marco jurídico*, México, Mc Graw Hill, 1998. Riddle Dorothy Y., *Services Led Growth The Role fo Dhei Services Sector in World Developmen*, Praeger, Nueva York, 1986.

<sup>2</sup> Trebilcock Michael & Howse Robert, "The Regulation of International Trade", *Routledge*, 1997, Nueva York, pp. 215 a 221.

y bienes, como se desprende del texto original y, específicamente del artículo XXIV, que crea y autoriza, las zonas de libre comercio y uniones aduaneras.<sup>3</sup>

Más tarde, en 1994, el GATT convertido en la Organización Mundial de Comercio (OMC), aprueba el primer marco multilateral de servicios, que contempla una estrategia de gradualidad y discriminación entre los países desarrollados y los llamados países emergentes. Este instrumento, que tiene carácter de acuerdo multilateral, derivado de los acuerdos de Marrakesh, fundamento de la Organización Mundial de Comercio, no ha sido integralmente acatado por los 145 miembros actuales de dicha organización.

Respecto a México conviene advertir, que a la fecha en que se negocia el capítulo de servicios del TLCAN (capítulo XII), estaba vigente a la época, el protocolo de adhesión de México al GATT (1986) en el cual el sector servicios estaba totalmente excluido.<sup>4</sup>

Lo anterior supone, que a nivel multilateral el sector servicio para México carece de toda fundamentación legal, máxime que el TLCAN hace referencia expresa a las obligaciones y derechos que los tres países tienen en el GATT 47 y en consecuencia, circunscrito a lo estipulado en el artículo XXIV de la Carta del GATT 47, que está, reiteramos, referido exclusivamente a procesos de integración, centrados en bienes o mercancías originarios de los países que acuerdan procesos de zonas de libre comercio o uniones aduaneras.<sup>5</sup>

Es necesario señalar que el TLCAN se aprueba en diciembre de 1993, y que entra en vigor el 1o. de enero de 1994. A esas fechas, los compromisos de México con el esquema multilateral del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio, están en el Protocolo de Adhesión, instrumento que excluye absolutamente el campo de los servicios en sus diversas manifestaciones.<sup>6</sup>

Por otra parte, el Acuerdo Multilateral de Servicios aprobado en el Acuerdo de Marrakesh que da origen a la Organización Mundial de Comercio, se aprueba en octubre de 1994 y entra en vigor para México a

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>4</sup> El Protocolo de Adhesión de México al GATT de 1986 está centrado en eliminaciones graduales de las restricciones a la importación de mercancías y rebajas arancelarias pactadas y excluía petróleo, electricidad, y agricultura, reconociendo a México su estatus de país en desarrollo.

<sup>5</sup> *Idem*.

<sup>6</sup> *Idem*.

partir del 1o. de enero de 1995 y que contempla un acuerdo específico en materia de servicios.<sup>7</sup>

Es decir, según lo descrito precedentemente estamos en presencia de dos instrumentos internacionales suscritos por México que regulan supuestamente la misma materia, esto es, en el caso del servicio transfronterizo de transporte de carga contemplado en el capítulo XII del TLCAN y el acuerdo multilateral sobre la materia de servicios antes mencionado (GATS).

Ahora bien, estos dos instrumentos internacionales implican a los mismos países Canadá, Estados Unidos y México, situación que debemos analizarla en función de la Convención de Viena (1969 y 1986), sobre derecho de los tratados y que en términos generales sostiene el principio de que en la hipótesis de la existencia de dos tratados que regulan las mismas materias y que implican a los mismos Estados, habría que aplicar jerárquicamente, lo prescrito en el tratado posterior, a menos que los países implicados hubieren hecho las reservas pertinentes, a efectos de darle prioridad específica a lo regulado en el tratado anterior o previo.<sup>8</sup>

Por ello, en esta controversia la autoridad mexicana debe aplicar los principios generales del derecho: *lex posteriori, anteriori degorat y lex specialis, generalis degorat*, privilegiando la aplicación del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios “GATS” (posterior y especial en cuanto a servicios) sobre el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (anterior y general sobre toda clase de comercio) en *strictu sensu* de mercancías.

Adicionalmente, es necesario tener en cuenta que Estados Unidos de América no es suscriptor de la Convención de Viena antes señalada, siendo México y Canadá por su parte, miembros plenos de dichos instrumentos, circunstancia que, abre el camino a México para una interpretación funcional y lógica de acuerdo a los intereses económicos en juego en el ámbito del servicio transfronterizo de transporte de carga.<sup>9</sup>

Para efecto de fundamentar las fuentes interpretativas de la Convención de Viena sobre derechos de los tratados de 1969 y los respectivos de 1986 me permito reproducirlos textualmente:

<sup>7</sup> Deblock, Christian, “L’Organisation Mondiale du Comerce”, *Fides La Presse*, Québec, 2002, p. 130.

<sup>8</sup> Renter, Paul, “Introducción al derecho de los Tratados”, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

<sup>9</sup> Estados Unidos considera que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 es una fuente de derecho válida para interpretar el TLCAN, especialmente los artículos 31 y 32 de dicha Convención.

*Convención de Viena  
Sobre el Derecho de los Tratados  
Viena, 23 de mayo de 1969*

*Artículo 30*

*Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia*

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y las obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes.

2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último.

3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:

a) En las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3.

b) En las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes.

5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 60 ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado.

Artículo 59. Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación implícitas como consecuencia de la celebración de un tratado posterior.

1. Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y:

a) se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado, o

b) las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente.

2. Se considerará que la aplicación del tratado anterior ha quedado únicamente suspendida si se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que tal ha sido la intención de las partes.

*Convención de Viena del Derecho de los Tratados  
entre Estados y las Organizaciones  
Viena (21 de marzo de 1986)*

Artículo 30

*Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia*

1. Los derechos y las obligaciones de los Estados y de las organizaciones internacionales partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes.

2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último.

3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:

a) en las relaciones entre dos partes, que lo sean en ambos tratados, se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3.

b) En las relaciones entre una parte en ambos tratados y una parte en un tratado solamente, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que las dos sean partes.

5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 60 ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado o una organización internacional por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a un Estado o a una organización en virtud de otro tratado.

6. Los párrafos precedentes se entenderán sin perjuicio de que, en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas y las obligaciones contraídas en virtud de un tratado, prevalecerán las obligaciones impuestas por la Carta.

### *Artículo 59*

#### *Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación implícitas como Consecuencia de la celebración de un tratado posterior*

1. Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y:

c. Se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por este tratado; o

d. Las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente.

2. Se considerará que la aplicación del tratado anterior ha quedado únicamente suspendida si se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que tal ha sido la intención de las partes.

En consecuencia, y visto los elementos jurídicos anteriormente descritos, el capítulo de servicios del TLCAN carece de validez y procede a aplicar el acuerdo GATS que en relación con el servicio transfronterizo de transporte de carga aun no se negocia, por lo cual, se requiere una renegociación diferente y con pleno derecho de audiencia de los transportistas mexicanos, canadienses y estadounidenses con lo cual en dicho marco resolver esta controversia pendiente.<sup>10</sup>

### III. LOS SERVICIOS DE AUTOTRANSPORTE DE CARGA MEXICANO

La trascendencia de la liberalización del transporte de carga para la economía mexicana en su conjunto se evidencia en dos sentidos: las exportaciones terrestres, donde el desarrollo de esa clase de transporte podría ayudar a dinamizar los envíos al eliminar uno de los obstáculos que ha dificultado el desarrollo exportador reciente y la necesidad de fortalecer el intercambio comercial, lo que acarrearía beneficios importantes para un gran número de empresas y transportistas.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Los autotransportistas mexicanos no fueron convocados ni consultados en las negociaciones del capítulo 11 y 12 del TLCAN por lo que hoy reclaman su derecho de audiencia al respecto.

<sup>11</sup> Mendoza Cota, Jorge Eduardo y Díaz, Eliseo, “Obstáculos al comercio en el TLCAN: el caso del transporte de carga”, *Comercio Exterior*, vol. 53, núm. 12, diciembre 2003, México, pp. 112 y ss.

El volumen de carga y el número de viajes y de unidades de transporte terrestre del comercio bilateral han crecido a raíz del TLCAN; también ha aumentado la proporción del transporte de carga automotor frente al ferrocarril y las embarcaciones marítimas.<sup>12</sup>

En México el transporte de carga lo ofrecen tres agentes: las empresas, las agrupaciones y los permisionarios, cuyas figuras asociativas responden a la autorización gubernamental para prestar tal servicio. También es importante distinguir dos ámbitos de operación: el transporte de carga local, que requiere licencias de servicios expedidas por las autoridades locales, y el federal. Esta distinción influye en el tipo de unidades empleadas: las de mayor tamaño y mejor estado mecánico tienden a operar con licencia federal, mientras que las del transporte local, para recorridos cortos, tienden a poseer características de menor diseño.<sup>13</sup>

Tomando en cuenta el total de organizaciones que prestan esta clase de servicios en los dos ámbitos, de acuerdo con el Censo Económico de Transportes del INEGI, las unidades económicas organizadas mediante la figura del permisionario son ampliamente mayoritarias: 86% del total. Las empresas mercantiles apenas 9% y las agrupaciones de transportistas el restante 5 %.

No hay un censo definitivo del número de unidades de transporte, lo cual constituye uno de los rasgos más deficientes de la regulación del sector. Se observa que según datos del INEGI el número ascendió a más de 372,000 unidades en 2001. Se cree que esta cifra corresponde a todo el transporte de carga automotor en México. El número de unidades motrices registradas por la Dirección General del Autotransporte Federal de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes en el mismo año fue de 235,767 automotores, referente al autotransporte federal. De acuerdo con ese Instituto, la planta de camiones de carga aumentó 67% de 1990 a 2000, pero para el autotransporte federal la planta de esta última clase de camiones aumentó sólo 12.8% en el periodo 1991-2001.

La operación de camiones de carga en México requiere de licencias estatales (locales) y federales, éstas denominadas de autotransporte federal. La diferencia radica en que aquellas permiten circular entre ciudades de un mismo estado y las federales permiten hacerlo entre los estados.

Las importaciones mexicanas desplazadas por tierra provenientes de Estados Unidos también tuvieron un comportamiento muy dinámico, so-

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>13</sup> *Idem*.

bre todo con la entrada en vigor del TLCAN; sólo en el primer año se duplicaron: de 19,900 a 40,700 millones de dólares, medidos a precios de 1996. En los años siguientes las importaciones se estabilizaron y en 2000 la brecha comercial a favor de México comenzó a ampliarse. En 2002 el saldo de la balanza comercial de las mercancías movilizadas en automotores tuvo un saldo favorable para México del orden de los 17,800 millones de dólares conforme al siguiente cuadro.

MÉXICO: VALOR DE LAS MERCANCÍAS EXPORTADAS POR ESTADOS UNIDOS POR CAMIONES DE CARGA 1993-2002  
 (millones de dólares a precios de 1996)

Mes	1993a	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Enero	---	2 867	3 131	3 210	3 911	4 685	9 340	5 411	5 922	5 129
Febrero	---	2 890	2 898	3 184	4 165	4 702	9 958	5 837	5 806	4 777
Marzo	---	3 464	3 165	3 566	4 141	5 244	11 275	6 926	6 035	4 955
Abril	1 476	2 953	2 629	3 218	4 519	4 893	10 583	6 174	5 449	5 519
Mayo	1 640	3 587	2 979	3 664	4 095	4 752	10 652	5 969	5 915	5 642
Junio	2 383	3 624	2 929	3 443	4 580	4 681	11 688	6 580	5 646	5 329
Julio	2 208	3 399	2 755	3 542	4 589	4 597	11 122	6 170	5 332	5 322
Agosto	2 340	3 673	3 406	3 726	4 818	4 649	12 072	7 353	6 037	5 606
Septiembre	2 308	3 560	3 308	3 772	4 863	5 158	12 029	6 785	5 115	5 660
Octubre	2 379	3 631	3 482	4 764	5 342	5 537	13 118	7 072	6 211	6 101
Noviembre	2 625	3 760	3 091	3 820	4 782	4 960	12 947	6 793	5 606	5 518
Diciembre	2 571	3 284	2 838	4 182	4 725	4 698	12 165	6 010	4 762	4 533
Total	19 930	40 691	36 610	44 092	54 531	58 556	136 951	77 079	67 836	64 092

a. Los datos de 1993 se contabilizan a partir de abril.

Fuente: Departamento de Transporte de Estados Unidos, Bureau of Transportation Statistics, Transborder Surface.<sup>14</sup>

Por tanto, a causa de los errores en las regulaciones del transporte impuestas sobre lo acordado en el TLCAN (la moratoria desde 1982 en Estados Unidos modificada por los acuerdos recientes y la discriminación por un complicado sistema de seguridad que imponen los estadouni-

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 114.

denses) los camiones con domicilio en Estados Unidos se beneficiaron por partida doble del incremento del comercio entre ambos países: no sólo aumentaron su facturación por nuevos embarques a territorio mexicano, sino también movilizaron en su propio país las importaciones provenientes de México, cuyas unidades motrices tienen que transferir sus mercancías en los puertos fronterizos en virtud de la moratoria al transporte mexicano.<sup>15</sup>

Las industrias del autotransporte federal de carga en el año 2002 está conformada por aproximadamente 83,103 unidades económicas, de las cuales 6,775 son pequeñas empresas, 808 medianas, 297 grandes y por 75,223 hombre-camión que son personas físicas. En el año 2000 la producción de esta industria fue de 57 mil millones de pesos lo cual representó un crecimiento de 11.2% respecto al año anterior. Dio empleo directo a más de 1.2 millones de personas, e indirecto a cerca de dos millones más.

En el 2003 el autotransporte de carga transportó 409 millones de toneladas de carga doméstica y el valor de la carga transportada entre México y Estados Unidos superó 160 mil millones de dólares, lo cual significó que el 84% del movimiento de bienes de nuestro país se realizó a través de este modo de transporte.<sup>16</sup>

- La edad promedio del equipo motriz en México es de 17 años, mientras que en Estados Unidos es de 5 años.
- 20% del equipo que tiene edad promedio de 1 a 5 años, en su mayoría pertenece a las grandes empresas, que generalmente están vinculadas con el comercio exterior.
- 80% del equipo restante pertenece generalmente a los medianos y pequeños transportistas (hombre-camión), lo cual hace que el ritmo de reemplazo sea casi nulo.
- Este grupo de transportistas tienen 2 formas de reemplazar y adquirir nuevas unidades.
  1. Cambiando poco a poco las piezas de la unidad original como son: motores, diferenciales, transmisiones, etcétera, hasta el chasis, sin hacer ningún trámite de regularización, y

<sup>15</sup> Estados Unidos en violación al principio de trato nacional y trato de nación más favorecida impuso reglas discriminatorias específicas contra México distintas a las de su propio derecho interno y a las aplicables a Canadá.

<sup>16</sup> Documento interno de CANACAR.

2. A través de la introducción ilegal de unidades extranjeras, lo que propicia corrupción, competencia desleal, inseguridad, contaminación y pérdida de empleos.

Según datos de la Asociación Nacional de Productores de Autobuses y Tractocamiones (ANPACT), el mercado ilegal se compone por cerca de 90 mil unidades, cifra que representa alrededor de 22% del parque vehicular nacional.<sup>17</sup>

#### IV. EL MARCO CONVENIDO EN EL TLCAN

El autotransporte de carga se encuentra regulado en el capítulo XII bajo el rubro Comercio transfronterizo de servicios.

Como parte de dicho capítulo, en consecuencia se le aplican los principios de trato nacional (artículo 1202), el trato de nación más favorecida (artículo 1203), el de no exigir presencia local (artículo 1205).

El concepto de prestación transfronteriza de un servicio según las definiciones del artículo 1213, establece una subordinación de la inversión al servicio y al efecto señala “No incluye la prestación de un servicio en el territorio de una Parte mediante una inversión”, tal como está definida en el artículo 1139, “inversión-definiciones”, en ese territorio.<sup>18</sup>

Bajo esta premisa de integralidad del TLCAN, en donde la inversión se subordina al servicio de autotransporte de carga, tres fueron los aspectos negociados originalmente en el TLCAN.

- Servicio de autotransporte doméstico de carga, que es aquel servicio que opera con origen y destino dentro del territorio nacional.
- El servicio de autotransporte internacional de carga, que opera de un país del extranjero al territorio nacional o viceversa.

<sup>17</sup> Los autotractores ilegales y en contrabando que circulan aparentemente pertenecen a empresas formalmente mexicanas pero con inversión directa o neutra extranjera permitidas por las autoridades respectivas.

<sup>18</sup> Tal principio de subordinación lo encontramos en el propio artículo 1112 del TLCAN que expresa: “1. En caso de incompatibilidad entre este capítulo y otro capítulo, prevalecerá la de este último en la medida de la incompatibilidad”. Por ello México no puede autorizar inversiones estadounidenses en el autotransporte de carga pues la autorización o permiso federal, sólo puede otorgarse a mexicanos o sociedades con cláusula de exclusión de extranjeros según la reserva del anexo 1 del TLCAN.

— Las inversiones extranjeras, neutras o directas implicadas en la prestación de los servicios descritos en los puntos a) y b).

a) Respecto al autotransporte doméstico de carga, quedó reservado exclusivamente a mexicanos y empresas mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, según la reserva IM-69 del anexo 1, lista de México del TLCAN que a la letra dice:

#### Servicios Transfronterizos

Se requiere de un permiso expedido por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes para proporcionar los servicios de autobús interurbano, servicios de transportación turística y servicios de transporte de carga, desde o hacia el territorio de México.

Sólo los nacionales mexicanos y empresas mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros podrán proporcionar tales servicios.

No obstante el párrafo 2, las personas de Canadá o de Estados Unidos podrán recibir un permiso para operar servicios internacionales de fletamento por autobús a o desde el territorio de México.

Sólo los nacionales mexicanos y las empresas mexicanas con cláusulas de exclusión de extranjeros, utilizando equipo registrado en México que haya sido construido en México o legalmente importado y con conductores que sean nacionales mexicanos podrán obtener permiso para prestar servicios de camión o autobús para transportar bienes o pasajeros entre dos puntos en el territorio de México.

Esta reserva la debe defender y cumplir la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

b) En cuanto al servicio de autotransporte internacional de carga que opera de un país del extranjero al territorio nacional o viceversa, se convino que los autotransportistas mexicanos entrarían libremente a territorio estadounidense y que los estadounidenses lo hicieran al territorio nacional (desde o hacia el territorio de México).

El TLCAN estableció que originalmente el libre tránsito en ambos sentidos se hiciera paulatinamente entre estados fronterizos y que a partir del año 2000 se ampliara a ambos territorios íntegramente, autorizándose desde el 1o. de enero de 1995 la inversión para desarrollar empresas a ambos lados de la frontera, bajo los principios de trato nacional y trato de nación más favorecida.

c) En cuanto a las inversiones extranjeras neutras y directas, en el sector de autotransporte de carga existe una confusión tanto en el texto del propio TLCAN (anexo 1, Calendario de reducción) como en la Ley de Inversiones Extranjeras (artículo 6o. transitorio) que debe resolverse urgentemente, pues, se habla de inversión en empresas establecidas o por establecerse que presten servicio de transporte de carga internacional entre puntos en el territorio de México y que a partir del 1o. de enero de 2004 pueden ser totalmente estadounidenses. Esta confusión es evidente, pues el transporte de carga entre puntos en el territorio de México es carga interna o doméstica y no internacional, ya que la primera está reservada exclusivamente a mexicanos y a sociedades con cláusula de exclusión de extranjeros.

Por otra parte hemos afirmado el carácter unitario, integral y de subordinación que debe tener la inversión respecto al servicio de autotransporte de carga, en base a lo cual México debe plantear una aclaración o modificación al texto del TLCAN, en el seno de la Comisión de Libre Comercio del propio Tratado.

## V. INCUMPLIMIENTO DE ESTADOS UNIDOS Y LA RECOMENDACIÓN DEL PANEL

La descripción del marco convenido en el TLCAN, evidencia los derechos y obligaciones que los tres países acordaron con el propósito de acoplar el autotransporte de carga a las exigencias de un creciente intercambio de bienes a nivel zonal.

Sin embargo, Estados Unidos desde el inicio del TLCAN (1995) no implementó las medidas necesarias para permitir que empresas o ciudadanos mexicanos desarrollaran inversiones y servicios de autotransporte transfronterizo en su territorio nacional.

En efecto, a los tres años de vigencia del tratado, Estados Unidos no autorizó la entrada de camiones mexicanos a los estados fronterizos de California, Arizona, Nuevo México y Texas. A los seis años es decir, el año 2000, mantuvo la negativa para el resto del territorio de Estados Unidos.

Es decir, incumplió los principios de trato nacional y trato de nación más favorecida de los capítulos XI y XII.

Esta negativa e incumplimiento también estuvo presente respecto a las inversiones de mexicanos en empresas que realizaran servicios de trans-

porte de carga al interior, no sólo de los estados fronterizos antes señalados, sino de todo su territorio nacional (capítulo XI en materia de inversiones).<sup>19</sup>

Estos incumplimientos supuestamente se fundamentaron en razones de seguridad, contempladas en el artículo 2101 del TLCAN (Excepciones generales), exigiendo a México que estableciera las medidas de control y seguridad vigentes en Estados Unidos y Canadá, para que, cumplida tal condición permitiera el libre tránsito de los transportistas mexicanos. Es decir, extender a México las regulaciones estatales y federales de sus propios transportistas, sin haberlas reservado expresamente en el anexo I, es una arbitrariedad e ilegalidad que México no ha aceptado formalmente desde el año 2001.

Ha intentado justificar estos incumplimientos esgrimiendo razones de seguridad, que sólo aplica a México, pues, a Canadá le ha permitido el libre tránsito de sus autotransportistas. A México le ha impuesto reglas específicas, discriminatorias y arbitrarias tales como inspecciones temporales trimestrales, seguro obligatorio estadounidense, presencia de representantes de las empresas en cada Estado de cruce de camiones mexicanos, etcétera; reglas que no exige a sus propios transportistas (trato nacional) ni menos a los canadienses (trato de nación más favorecida). México no ha aceptado tales reglas.

Otra causal de incumplimiento ha sido una resolución judicial que acoge una reclamación de organizaciones ambientalistas (Public Citizen), por la cual se impide la entrada de autotransporte mexicano a su territorio previo a la realización de estudios sobre impacto ambiental. Con fecha 7 de junio del 2004 la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, resolvió que tal reclamación carece de todo fundamento y deja sin efecto la restricción ordenada por las instancias judiciales inferiores. Este fallo no tiene efecto alguno respecto a los incumplimientos que Estados Unidos mantiene hasta el presente, sin que México lamentablemente exija los derechos que le asisten en el contexto del mismo TLCAN.

<sup>19</sup> El cumplimiento parcial que Estados Unidos ha hecho de lo ordenado en la recomendación del panel, es autorizar la inversión de mexicanos en empresas estadounidenses o propias, manteniendo la moratoria en el servicio de autotrasporte transfronterizo. Evidentemente, dicho cumplimiento parcial es un ardid, pues nadie invertirá en una empresa que no puede transportar carga al territorio estadounidense y viceversa.

### *La recomendación del panel*

a) La controversia. En el procedimiento, el panel debió decidir si Estados Unidos incumple los artículos 1202 (trato nacional en servicios transfronterizos) y/o 1203 (trato de nación más favorecida en servicios transfronterizos) del TLCAN al no dar por terminada su moratoria de tramitar solicitudes de empresas mexicanas de autotransporte para que sean autorizadas para operar en los estados fronterizos estadounidenses. De igual manera, el panel debió decidir si Estados Unidos incumplió los artículos 1102 (trato nacional) y 1103 (trato de nación más favorecida) por la negativa de permitir inversiones mexicanas en empresas estadounidenses que brindan servicios de transporte internacional de carga. Al expirar las reservas de Estados Unidos al anexo I respecto a permitir servicios e inversión en materia de transporte transfronterizo el 17 de diciembre de 1995, la prolongación de la moratoria debió justificarse ya sea conforme al texto de los artículos 1202 ó 1203, o por alguna otra disposición del TLCAN, como las del capítulo IX (Normalización) o del artículo 2101 (Excepciones generales).

b) (Expediente del Secretariado Núm. EUA-Mex-98-2008-01). Informe final del panel; 5 de febrero de 2001. A continuación resumimos partes esenciales del informe final del panel.

Estados Unidos incumple los artículos 1202 (trato nacional en servicios transfronterizos) y/o el artículo 1203 (trato de nación más favorecida en servicios transfronterizos) del TLCAN y de igual manera Estados Unidos incumple los artículos 1102 (trato nacional) y/o el artículo 1103 (trato de nación más favorecida), en materia de inversiones.

Así, en el Acta de Misión, México incluía en una carta fechada el 24 de julio de 1998 dirigida al representante de comercio estadounidense, y de acuerdo al artículo 2012 (3) lo siguiente: El gobierno de México considera que la negativa de Estados Unidos para otorgar acceso a los transportistas mexicanos y permitir a personas mexicanas establecerse con la intención de prestar servicios de transporte, de acuerdo con los requisitos del TLCAN, constituye una violación de las obligaciones de liberalización del comercio en este sector, en vista de las obligaciones de Estados Unidos conforme al anexo I del TLCAN, además de violar otras disposiciones del Tratado, que comprenden el capítulo XII, lo cual podría cau-

sar anulación y menoscabo de los beneficios que México razonablemente espera recibir del Tratado.

Así, Estados Unidos ha violado el TLCAN al no iniciar la reducción calendarizada de las restricciones estadounidenses en los servicios de transporte transfronterizo y en inversiones mexicanas en la industria de transporte terrestre estadounidense. México considera que dicha omisión es una violación de las disposiciones de trato nacional y trato de nación más favorecida, contenidas en los artículos 1202 y 1203 (Servicios transfronterizos) y en los artículos 1102 y 1103 (Inversiones).

México se opone también a la interpretación de Estados Unidos a los artículos 1202 y 1203, ya que las empresas de autotransporte mexicanas tienen los mismos derechos que los transportistas estadounidenses conforme las leyes de Estados Unidos. México alega también que la omisión de Estados Unidos de aplicar sus obligaciones en materia de servicios transfronterizos de transporte y de inversión no se justifica con base en las disposiciones normativas contenidas en el capítulo IX de Normalización ni a partir del artículo 2101.

De excepciones generales, en especial debido a que cuando se negoció el TLCAN Estados Unidos estaba plenamente consciente de que el marco normativo de México era significativamente diferente de los que operaban en Estados Unidos y Canadá.

Con la entrada en vigor del TLCAN el 1o. de enero de 1994 y de acuerdo con el anexo I de este Tratado, las partes están obligadas a reducir paulatinamente ciertas reservas a los artículos 1102 y 1202 (trato nacional) y a los artículos 1103 y 1203 (trato de nación más favorecida). Este anexo I también establece que un nacional mexicano puede obtener autorización para prestar servicios de autotransporte transfronterizo en estados fronterizos, tres años después de la firma del TLCAN y prestar servicios de transporte transfronterizo a lo largo de Estados Unidos seis años después de la fecha de entrada en vigor del TLCAN. La fecha límite para la reducción de la reserva con respecto a inversiones, era tres años después de la firma del TLCAN, para que las empresas que presten servicios de transporte de carga internacional se establezcan entre puntos dentro de Estados Unidos y siete años después de la entrada en vigor del TLCAN, para el establecimiento de empresas que presten servicio de autobús entre puntos de Estados Unidos.

Se formó un Subcomité de Normas de Transporte Terrestre, en términos del artículo 913(5)(a)(i) del TLCAN para realizar un programa de

trabajo para hacer compatibles las medidas pertinentes a las partes relativas a normalización en cuanto a la cooperación de autobuses y camiones. Ahora bien, es relevante agregar que de acuerdo al artículo 904(3), una parte no puede aplicar medidas relativas a normalización de manera discriminatoria.

Desde antes del 18 de agosto de 1995, ha existido y continuado una moratoria a los autotransportes mexicanos ya que ningún camión mexicano ha recibido autorización para salir de las zonas comerciales establecidas hasta que Estados Unidos concluya las consultas con el gobierno de México. Así, ha prevalecido una negativa de finalizar el trámite de las solicitudes mexicanas, hasta hoy día.<sup>20</sup>

En sí, los argumentos de México son los siguientes:

Estados Unidos acordó un calendario de eliminación de su moratoria relativa a servicio transfronterizo de camiones y autobuses, y sobre inversión en empresas establecidas en Estados Unidos que prestan tales servicios. Ello se lograría mediante una combinación de dos tipos de disposiciones:

- La obligación de dar trato nacional y obligación de trato de nación más favorecida a los prestadores de servicios e inversionistas de otra de las partes, y
- La eliminación de las reservas de trato nacional y obligación de trato de nación más favorecida para servicios de acuerdo con las listas establecidas en las reservas del anexo 1 de cada país.

## VI. DERECHOS DEL GOBIERNO DE MÉXICO ANTE LA COMISIÓN DE LIBRE COMERCIO DEL TLCAN

Como Estados Unidos ha esgrimido el preámbulo del TLCAN y en especial su “capacidad para salvaguardar el bienestar público” y ha privilegiado normativas de su orden jurídico interno, para no cumplir el TLCAN,<sup>21</sup> cuestión que puede hacer pues no ha suscrito la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969 y 1986) para no observar

<sup>20</sup> El 27 de noviembre del 2002 Estados Unidos ficticiamente levantó su moratoria a las inversiones mexicanas, pero dejó vigente la de los servicios de autotransporte de carga con lo cual en los hechos impide hacer inversiones a los mexicanos.

<sup>21</sup> Como el TLCAN para el derecho estadounidense es un acuerdo congresional, heteroaplicativo, sus incumplimientos no tienen efectos internacionales relevantes.

el TLCAN, a México le asisten un conjunto de prerrogativas y derechos que sólo en este acápite resumiremos:

*Aplicación de medidas de efecto equivalente como instrumento de salvaguarda de los principios de equidad y reciprocidad del TLCAN*

Suponiendo sin conceder, que se encuentre fundado en Derecho el TLCAN en lo respectivo al comercio de servicios e inversiones y si bien es cierto, que Estados Unidos, ficticiamente, levantó su moratoria a las inversiones mexicanas en materia de autotransporte desde el 27 de noviembre de 2002, la misma, se debió haber cumplido desde el 17 de Diciembre de 1995 para efectos del TLCAN, y por tanto durante 6 años con 11 meses y 10 días de la aplicación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el gobierno estadounidense no ha honrado sus compromisos adquiridos por el Tratado. No obstante lo anterior, prevalece el impedimento para que los transportistas mexicanos puedan prestar servicios en los Estados Unidos de América, por lo que el computo para hacer un efecto equivalente se debe de actualizar al momento en que la medida se aplique.

Asimismo, ante la moratoria de los servicios de autotransporte transfronterizo decretada por el gobierno de los Estados Unidos, el panel arbitral sobre materia de autotransporte instituido según el capítulo XX del TLCAN, decidió que una medida en reciprocidad era de carácter legal.

De la misma manera el panel establece que la moratoria general que se instituyó tanto a inversiones como a los servicios tiene un carácter netamente ilegal por constituir una *'blanket moratory'*.

A pesar de lo anterior, el gobierno mexicano, de manera incongruente y errónea, decide actuar con una medida de reciprocidad, pero solamente en lo relativo a las violaciones al apartado de servicios, dejando en blanco cualquier caso de acción relativa a las violaciones en cuanto al apartado de inversiones, lo cual no puede ser separado de acuerdo al principio de salvaguarda de la integridad del TLCAN y el carácter, unitario, integral y de subordinación respecto a los servicios de autotransporte de carga.

La aplicación de ésta medida es oportuna por parte del gobierno mexicano en virtud de que existen antecedentes en los que a través de actos posteriores al momento en que se dieron las violaciones fueron aplicados

procesos de *‘Reciprocal Denial of Access* documentados en los siguientes casos: *Tuna Products from Canada, Japan Alcoholic Beverages, Chile Alcoholic Beverages, Canada Periodicals, U.S. Reformulated Gasoline y U.S. Shrimps*, por lo que la denegación de acceso recíproca se puede aplicar posteriormente a que la denegación de acceso original ha terminado.

Así, el gobierno mexicano tiene el pleno derecho, fundamentándose en este principio, a declarar una moratoria a las inversiones estadounidenses por el tiempo proporcional que la moratoria opere, en el contexto de la vigencia del TLCAN. Es decir, debe impedir la inversión directa o neutra de origen estadounidense en el sector hasta el año 2010.

La aplicación de tal moratoria además es completamente legal, toda vez que se trata de una medida equivalente, tal y como lo autoriza el propio panel.

“El gobierno de México, de conformidad con sus derechos en el TLCAN, tiene la facultad de adoptar medidas de efecto equivalente...”. Señala textualmente la declaración del panel.

Asimismo, adoptar una restricción en materia de inversión, es una medida que guarda absoluta conformidad con el mecanismo de solución de controversias a que se refiere el capítulo XX del propio TLCAN que en su artículo 2019 señala:

#### Artículo 2019. Incumplimiento – Suspensión de Beneficios

1. Si en su informe final, un Panel ha resuelto que una medida es incompatible con la obligaciones de éste Tratado o es causa de anulación o menoscabo en el sentido del Anexo 2004 y la parte demandada no ha llegado a un acuerdo con cualquiera de las partes reclamantes sobre un solución mutuamente satisfactoria, de conformidad con el artículo 2018 (1) dentro de los treinta días siguientes a la recepción del informe final, esa parte reclamante podrá suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente a la parte demandada, hasta el momento en que alcancen un acuerdo sobre la resolución de la controversia.

2. Al examinar los beneficios que habrán de suspenderse de conformidad con el párrafo uno:

a. Una parte reclamante procurará primero suspender los beneficios dentro del mismo sector o sectores que se vean afectados por la medida, o por otro asunto que el Panel haya considerado incompatible con las obligaciones de éste tratado, o que haya sido causa de anulación o menoscabo en el sentido del anexo 2004...

## VII. CONCLUSIÓN

De los textos anteriormente citados, y argumentos expresados, es claro que el gobierno federal tiene la facultad absoluta de aplicar medidas de efecto equivalente que salvaguarden el principio de integridad del TLCAN y principalmente, hagan efectivos los principios de equidad, reciprocidad y competencia leal.

La aplicación de esta medida, permitirá a la industria nacional fortalecerse y prepararse para competir con las compañías extranjeras; así la Secretaría de Economía estaría también cumpliendo sus funciones de defensa de nuestros nacionales tal y como lo establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Cabe aclarar, que la actuación como servidor público del gobierno federal debe ser diligente y oportuna, en el caso concreto ya debió haber actuado en defensa de nuestro país desde marzo del 2001 (30 días después de la resolución final del panel); sin embargo las omisiones y falta de debida diligencia a éste respecto actualizan lo establecido en el artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BLIN, Oliver, “L’Organisation Mondiale du Commerce”, París, Ellipses, 2004.
- KHAVAND, A., Fereydoun, “Le Nouvel Ordre Commercial Mondial: DU GATT A L’OME”. NATHAN, París, 1998.
- KRIEGER-KRYNICKI, Annie, “L’organisation mondiale du Commerce”, París, Vuibert, 2000.
- OROPEZA GARCÍA, Arturo, “ALCA un debate sobre la integración”, México, UNAM, 2004.
- TREBILCOCK, Michael & HOWSE, Robert, “The Regulation of International Trade”, Nueva York, Routledge, 1997.
- WITKER, Jorge, “Derecho de la competencia económica en el TLCAN”, México, UNAM-Porrúa, 2002.
- , *Reglas de origen en los tratados de libre comercio suscritos por México*, México, CAAAREM, 2003.