

EL TLCAN: EL PUNTO DE VISTA DE MÉXICO

Gustavo VEGA CÁNOVAS

SUMARIO: I. *Criterios para evaluar el TLCAN.* II. *El TLCAN como mecanismo de promoción del comercio y la inversión entre México, Estados Unidos y Canadá.* III. *El TLCAN como mecanismo para garantizar el acceso seguro y estable a los productos de la región y proteger los derechos de los inversionistas regionales.* IV. *De empeño de los mecanismos*

de resolución de disputas del TLCAN.

I. CRITERIOS PARA EVALUAR EL TLCAN

Al hacer la evaluación del TLCAN es muy importante tener en cuenta los objetivos específicos y propósitos que guiaron la negociación, y las condicionantes y limitantes que ésta tuvo.

El TLCAN es un acuerdo de libre comercio, cuyo propósito esencial es promover el comercio de bienes y servicios y la inversión en la región de América del Norte. El TLCAN también se propone asegurar un acceso seguro y estable de los productos regionales al mercado norteamericano y proteger los derechos de los inversionistas regionales mediante el establecimiento de mecanismos eficientes de solución de controversias. Finalmente, el tratado busca incrementar la cooperación entre los tres países en materia ambiental y laboral, y asegurar el cumplimiento de la legislación en dichas materias.

Ninguno de los tres países se propuso, a inicios de los años noventa del siglo pasado, negociar un acuerdo de integración económica más amplio y profundo como una unión aduanera, mercado común y, mucho menos, una comunidad económica.

¿Por qué razones se escogió la fórmula de un área de libre comercio para negociar y no otra?

- Por el fracaso de otras fórmulas como los acuerdos sectoriales; tanto Canadá como México intentaron en los ochenta negociar acuerdos sectoriales con Estados Unidos, pero fracasaron.
- Porque esta fórmula facilita dejar fuera de la negociación de temas políticamente delicados o respecto de los cuales se considera que el país no se encuentra preparado o dispuesto a negociar,¹ como la mano de obra o el transporte marítimo (Estados Unidos),² Las industrias culturales (Canadá), el petróleo (México), etcétera; lo anterior siempre que se cumpla con la regla del artículo 24 del GATT de liberalizar sustancialmente todo el comercio.
- En general, se escogió la fórmula de un área de libre comercio porque un acuerdo de interacción económica como el que supone una unión aduanera, un mercado común y aún más una comunidad económica, hubiera supuesto una cesión de soberanía a la que ninguno de los tres países estaba dispuesto.
- Pero además, y de mayor importancia, los acuerdos de integración económica requieren maduración, y no son simplemente producto de la voluntad política (por más que ésta, por cierto, sea muy importante).³

De acuerdo con los estudiosos del proceso de integración europea, éste ha sido exitoso porque se han cumplido al menos cuatro condiciones;

- A. La presencia de niveles similares de desarrollo económico entre los países miembros.
- B. La proximidad geográfica entre los mismos.
- C. La existencia de regímenes comerciales similares o al menos compatibles entre dichos países.
- D. La expresión de un compromiso político por parte de los países miembros con las organizaciones regionales que resultan de los acuerdos. En conclusión, el TLCAN es más o menos similar a los acuerdos que la asociación europea de libre comercio (AELC) negoció con la entonces Comunidad Económica Europea (CEE). En la década de los sesenta, países como Suiza, Noruega, Finlandia

1 No hay que olvidar que la demanda por una carta social encontró un feroz rechazo por parte de la comunidad empresarial en los tres países.

2 Insistir en negociar el libre flujo de mano de obra en ese momento por parte de México hubiera implicado una negativa de Estados Unidos a negociar. De hecho, no es claro que en México hubiera habido un consenso de incluir este tema en una negociación.

3 La pregunta que surge es si en la actualidad existe esta voluntad, en particular en Estados Unidos y Canadá.

etcétera no estuvieron dispuestos a comprometerse a un proceso de integración como el que exigía la CCE en esa época. Cabe reconocer que recientemente la mayoría de los países de la AELC decidieron unirse a la UE, después de más de 30 años.

II. EL TLCAN COMO MECANISMO DE PROMOCIÓN DEL COMERCIO Y LA INVERSIÓN ENTRE MÉXICO, ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ

Durante los primeros siete años de operación del TLCAN uno puede observar que ha existido un alto nivel de cumplimiento por parte de nuestros países. Los procesos de desgravación han sido ejecutados de acuerdo con los calendarios; de hecho ha habido varias instancias de aceleramiento de la desgravación arancelaria de diversos productos de interés para los tres países. Igualmente, la reducción de las barreras no arancelarias (principalmente las cuotas) también se ha cumplido en los términos establecidos en el acuerdo. Esto sin duda es muy importante dados los efectos políticos potencialmente disruptivos que ocasionó la crisis financiera de 1994 a 1995 en México.

Como resultado de la desgravación arancelaria, la eliminación de barreras y la certidumbre del acceso a los mercados de los países socios del TLCAN, el comercio de México con Estados Unidos y Canadá ha registrado un importante crecimiento. En estos siete años, las exportaciones de productos manufacturados de México a Estados Unidos crecieron, entre 1991 y 1993, a una tasa de 26% anual, por encima de la tasa de crecimiento de los productos minerales y primarios, incluido el petróleo.

Igualmente, el TLCAN ha propiciado un aumento importante de la inversión estadounidense y canadiense, principalmente la primera, en nuestro país, y sin duda el crecimiento tanto del comercio como de la inversión fue factor importante para propiciar la recuperación rápida de la economía mexicana luego de la crisis financiera de 1994/1995.

Conviene mencionar aquí que el crecimiento tan acelerado y fuerte del comercio e inversión trilaterales no sólo se ha debido al TLCAN, sino a la confluencia de otros factores favorables como la devaluación del peso, y la fortaleza (hasta muy recientemente) de la economía estadounidense; sin embargo, sí es importante destacar que el crecimiento y dinamismo se ha dado en mayor medida en sectores económicos de los tres países en los que el proceso de liberación económica (tanto comercial y

financiero) promovido por el TLCAN se encuentra más avanzado: por ejemplo, los sectores automotriz y de autopartes, electrónico, textil y del vestido, etcétera.

III. EL TLCAN COMO MECANISMO PARA GARANTIZAR EL ACCESO SEGURO Y ESTABLE A LOS PRODUCTOS DE LA REGIÓN Y PROTEGER LOS DERECHOS DE LOS INVERSIONISTAS REGIONALES

Tanto México como Canadá dieron a este objetivo una prioridad fundamental en la negociación. La idea es que un acceso seguro y estable de los productos regionales al Mercado norteamericano sólo se logra si los tres países se sujetan a un sistema de reglas claras precisas y vinicultorias. *Rule of law* por encima de la negociación burocrática.

A fin de alcanzar este objetivo, el TLCAN establece numerosas obligaciones entre los países firmantes mediante un instrumento escrito altamente detallado y preciso. Este instrumento incorpora además un sistema de resolución de controversias, el cual descansa sustancialmente en un sistema neutral de árbitros, expertos independientes de los gobiernos.

El TLCAN es uno de los acuerdos comerciales más elaborados que se han firmado entre cualquier grupo de países en las últimas dos décadas; está compuesto de 22 capítulos en los cuales se detallan una serie de obligaciones en materia de comercio de bienes, servicios, inversión, propiedad intelectual, barreras técnicas al comercio, medidas sanitarias y fitosanitarias, resolución de controversias, etcétera. Incluye además una serie de anexos que elaboran y detallan las obligaciones de las partes; su nivel de detalle es superior al acuerdo de la OMC o al del Mercosur, pero no al de la UE.

A fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el mismo, el TLCAN establece un sistema relativamente novedoso y complejo de resolución de disputas, el cual se compone de:

1. *Mecanismo general de resolución de disputas*

Es un mecanismo general de solución de controversias derivadas de la interpretación y aplicación del TLCAN (capítulo 20). Este mecanismo funciona mediante el nombramiento, caso por caso, de cinco árbitros que son independientes de los gobiernos (es decir, no son funcionarios guber-

namentales ni actúan bajo instrucciones de los gobiernos). Las decisiones de los árbitros deben normalmente ser acatadas por las autoridades gubernamentales; sin embargo, las autoridades pueden elegir no obedecer una recomendación de un panel y sufrir en su caso el retiro de beneficios comerciales.

2. *Mecanismo específico para resolver disputas*

Es un segundo mecanismo específico para resolver las disputas relativas a la interpretación y/o aplicación de las legislaciones *antidumping* y de subsidios y cuotas compensatorias (capítulo 19); en este sistema, los paneles arbitrales (también compuestos de cinco miembros constituidos caso por caso) toman decisiones respecto a si una autoridad nacional ha cumplido con su propia legislación nacional en una investigación particular. Las decisiones de los paneles sí son, sin embargo, obligatorias para las autoridades nacionales.

3. *Mecanismo específico para resolver disputas*

Un tercer mecanismo, el del capítulo 11 del TLCAN, permite a los inversionistas de los tres países solicitar un panel arbitral en contra de un gobierno anfitrión ante el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (ICSID) o bajo las reglas de la UNCITRAL por violaciones al capítulo 11. En este caso, el TLCAN obliga a los gobiernos a tomar medidas que aseguren el cumplimiento de las decisiones de los paneles.

IV. DESEMPEÑO DE LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS DEL TLCAN

1. *La resolución de controversias de acuerdo con el capítulo 20*

Un examen de las controversias que se han planteado ante el capítulo 20 revela que los gobiernos de los tres países han reconocido la tutoridad de árbitros privados para decidir ciertos aspectos de la implementación del TLCAN; a la fecha tres paneles han dictado un igual número de decisiones de acuerdo con el capítulo 20; el primero respecto de una queja presentada por el gobierno estadounidense, relativa a la imposición de

aranceles por parte del gobierno canadiense a ciertos productos agrícolas; el segundo respecto de una queja por parte del gobierno mexicano relativa a la imposición por parte del gobierno estadounidense de medias de salvaguarda a las importaciones de escobas de mijo provenientes de México. El tercero respecto de una queja por parte del gobierno mexicano de que el gobierno de Estados Unidos ha incumplido el anexo I del TLCAN al no permitir el acceso del transporte de carga mexicana a territorio estadounidense en los plazos fijados por el acuerdo. El mecanismo de resolución de controversias del capítulo 20 ha funcionado exitosamente en dos casos específicos, uno de los cuales (escobas de mijo) no resultaba económicamente muy significativo. El caso del transporte de carga, como sabemos, sigue esperando resolución. Otros casos (más de 25) fueron resueltos al nivel de las consultas, es decir sin el establecimiento de un pánel.

Sin embargo, es importante reconocer que si uno analiza la mayoría de las controversias que podían haberseles llevado al nivel de pánel de acuerdo con el capítulo 20, sí ha habido una tendencia por parte de los tres países a no solicitar la conformación de paneles en casos considerados políticamente muy sensibles. Por ejemplo, México y Canadá nunca solicitaron la conformación de un pánel para que dictaminara si la ley Helms Burton violaba el TLCAN. Igualmente, pasaron más de cuatro años para que México se decidiera finalmente a solicitar la constitución del pánel sobre transporte de carga.

Igualmente, México ha solicitado hasta muy recientemente la constitución de un pánel, de acuerdo con el capítulo 20, para que se pronuncie acerca de cuál debe ser la interpretación que deberá dárseles a las obligaciones en el TLCAN por parte de Estados Unidos en torno a la apertura del mercado estadounidense al azúcar mexicana. Sin embargo, este pánel no ha sido constituido hasta la fecha.

2. *La resolución de controversias de acuerdo al capítulo 19*

Al igual que en el caso de Canadá y Estados Unidos, y exactamente por las mismas razones, a partir de la entrada en vigor del TLCAN se ha establecido un creciente número de paneles conforme con su capítulo 19.

Hasta agosto de 2001 se habían constituido bajo el capítulo XIX del TLCAN, los siguientes paneles, 11 iniciados para revisar decisiones de las autoridades mexicanas, 44 para revisar decisiones de las autoridades

estadounidenses y 19 para revisar decisiones de las autoridades de Canadá. De todos éstos, 28 se han terminado, 21 antes de resolverse, a solicitud de las querellantes, y están por resolverse 20. Los productores estadounidenses han solicitado 24 pánels en total, los mexicanos han solicitado 25, incluyendo dos en que demandan al propio gobierno de México, y los productores canadienses han solicitado 21 en total.

Por lo que se refiere a los pánels establecidos para revisar las decisiones de las autoridades de Canadá, 10 de ellas se decidieron, 9 por unanimidad y 1 por mayoría, 4 decisiones están por emitirse, y 4 se terminaron por solicitud de las querellantes. De ellas, 14 fueron iniciadas por productores estadounidenses y 4 por productores mexicanos. El tiempo promedio de resolución del pánel, a partir de su integración, fue de 15 meses.

De los pánels constituidos para revisar decisiones de las autoridades de Estados Unidos, 15 ya están concluidos, todos por unanimidad; 13 decisiones están por emitirse y 10 fueron terminados a solicitud de las querellantes. De estos casos, 19 fueron presentados por productores de México y 17 por productores de Canadá. El tiempo promedio que tardó el pánel en su resolución, a partir de que éste se integrara, fue de 13 meses para 14 de estos casos.

Por último, en referencia a los pánels constituidos para revisar decisiones de las autoridades de México, hay ya 5 decisiones emitidas, 3 por unanimidad y 2 por mayoría; 3 están pendientes y 7 se terminaron antes de resolverse a solicitud de las querellantes. De estos 15 casos, 10 se presentaron a solicitud de productores de Estados Unidos, 3 a solicitud de productores de Canadá y 2 a solicitud de productores o empresas mexicanas. El tiempo promedio de resolución de estos casos, desde la integración del pánel a la decisión final fue de 19 meses, un poco más de tiempo, aunque no significativo, que el de los casos de Canadá y Estados Unidos.

Sin duda, para mediados de 2001, el capítulo estaba funcionando adecuadamente ya que cerca del 90% de los casos se decidió por unanimidad. El tiempo promedio que estaba llevando completar la revisión ante los pánels era muy similar al que habían utilizado los pánels entre Canadá y Estados Unidos en el ALCEU. Asimismo, conviene destacar que hasta la fecha sólo ha habido una petición por parte del gobierno de Estados Unidos de conformar un comité de impugnación extraordinaria, lo

cual revela que los países firmantes del TLCAN han aceptado la legitimidad de las decisiones de los paneles.

3. *La resolución de controversias de acuerdo con el capítulo 11*

Conviene, antes de discutir cómo ha operado este capítulo, recordar brevemente su contenido. En él se establecen los derechos de los inversionistas de cualquiera de los tres países en el territorio de la región. Los principios fundamentales que forman la base de este capítulo son el trato nacional y el de nación más favorecida (MFN).

El principio establece la obligación para cada uno de los gobiernos federales de conceder a los inversionistas de los otros países del TLCAN un tratamiento no menos favorable que el que se concede a los inversionistas nacionales. Esta obligación se extiende a los gobiernos estatales, provinciales o locales. El principio MFN asegura que los inversionistas de un país miembro del TLCAN no podrán ser tratados menos favorablemente que los inversionistas de cualquier país.

Este capítulo establece también disposiciones que sustancialmente eliminan los requisitos de desempeño, promueven las libres transferencias de las utilidades de las empresas y otros fondos, y eliminan los requisitos de composición de órganos de dirección de las empresas.

El artículo 1110 del TLCAN establece lo siguiente: “Ninguna de las partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista en su territorio, ni adoptar ninguna medida o equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión salvo que sea: a) por causa de utilidad pública, b) sobre bases no discriminatorias, c) con apego al principio de legalidad y d) mediante indemnización”.

¿Cómo ha operado este capítulo? Tras un lento comienzo, los inversionistas han empezado a hacer un creciente uso del mecanismo de resolución de disputas que contempla el capítulo 11, particularmente para oponerse a políticas de regulación que en su perspectiva han tenido efectos discriminatorios y negativos para sus inversiones. Para finales de agosto de 2001 tres paneles habían dictado sus resoluciones en relación con acciones adoptadas por el gobierno mexicano. En dos de los paneles (Desona Corporation y USA Waste Management Inc.) la decisión fue favorable para el gobierno mexicano. Y en el tercero, el caso de la empresa Metalclad, el panel decidió en contra del gobierno mexicano, con-

denándolo a pagar 16.5 millones de dólares por daños a la empresa. En la actualidad existen otros nueve páneles constituidos para revisar demandas, ya sea de inversionistas canadienses contra el gobierno estadounidense o de inversionistas estadounidenses contra acciones del gobierno canadiense. Algunos más se han resuelto por acuerdo de las partes.

Conviene decir que algunos de los casos que han surgido a la luz de este capítulo, como el de Metalclad, han involucrado controversias acerca del derecho que tienen los inversionistas cuyas inversiones han sido afectadas por políticas federales y estatales dirigidas a proteger el medio ambiente o la salud, llevando a que se plantee seriamente cuál fue la intención de los Estados al negociar este capítulo, y a que haya una propuesta específica del gobierno del Canadá para hacer modificaciones a este capítulo, propuesta que recientemente fue aceptada por los gobiernos de Estados Unidos y México.

Sin embargo, en mi opinión, es aún muy temprano para llegar a conclusiones firmes respecto a la operación del capítulo 11. La resolución del caso de Metalclad, el arreglo a que llegó el gobierno canadiense con la empresa Ethyl, Corp. (por cierto con un pago a Ethyl similar al que tendrá que hacer el gobierno mexicano a Metalclad, es decir 13.5 millones de dólares) y otro caso en que la empresa canadiense Methanex ha demandado al gobierno estadounidense, han llevado a que numerosos críticos clamen que el capítulo y el mecanismo de arbitraje tiene el efecto de minar la capacidad de los gobiernos de proteger el medio ambiente y adoptar políticas públicas dirigidas a favorecer el bien público. Igualmente, los argumentos legales que se han presentado en la mayoría de los otros páneles en curso por los demandantes han llevado a que se exprese una gran preocupación por el concepto de “medida equivalente a la expropiación o nacionalización” el cual se considera muy vago y elástico.

Sin embargo, la decisión del pánel en el caso de la empresa Desona, que se quejaba de una medida regulatoria del medio ambiente por parte del gobierno municipal de Naucalpan a la que consideraba una medida de expropiación, demuestra que el concepto de medida equivalente a la expropiación no es tan vago, ya que el pánel rechazó la demanda por frívola y hubiera impuesto el pago de gastos y costos a la empresa si esto estuviera autorizado por el capítulo. No sólo se rechazó la demanda, sino que el pánel estableció un criterio muy estricto y concreto mediante el cuál esencialmente estableció que las políticas normales de regulación del me-

dio ambiente, y otras de los gobiernos, no deben estar sujetas a procedimientos con base en el capítulo 11. Y algunos de los casos restantes que están pendientes tal vez puedan clarificar esta cuestión.

En resumen, el TLCAN fue negociado con el propósito de incrementar el bienestar económico en nuestra región. El tratado fue elaborado en forma precisa para minimizar la incertidumbre en el proceso de su adopción y para reducir el nivel de negociación intergubernamental que se requeriría después de su entrada en vigor. El acuerdo escrito se estableció para asegurar un clima de certidumbre a los inversionistas de la región y reducir su percepción de riesgo, buscando con ello estimular la inversión. El acuerdo también cumple una variedad de funciones de transparencia y responsabilidad en los ámbitos nacional e internacional.

Por otra parte, el TLCAN fue negociado y estructurado con el propósito de minimizar cambios en el proceso normal de toma de decisiones entre las partes. Los funcionarios gubernamentales que tomaban las decisiones en las materias cubiertas por el acuerdo antes de la negociación del mismo, todavía siguen tomándolas. Existe un margen de delegación de autoridad en ciertas materias a los tribunales arbitrales que se crearon en el TLCAN. Éstos, como ya vimos, se han invocado cada vez con más frecuencia, y sus decisiones han sido cumplidas por los gobiernos. Sin embargo, los funcionarios de alto nivel en los tres países se han resistido a delegar autoridad a los paneles arbitrales para decidir ciertos temas políticamente sensibles. Ha habido, en suma, un cumplimiento casi estricto de los términos básicos del acuerdo, lo cual es sorprendente a la luz de los efectos potencialmente disruptivos que provocó la crisis del peso en 1995. Existen diversos casos muy significativos de incumplimiento, pero en el contexto general de los impactos globales del acuerdo, éstos son excepciones a la regla general.