

El mecanismo de solución de controversias del T-MEC: entre el softlaw y el hardlaw

*The USMCA dispute settlement mechanism: between
the softlaw and the hardlaw?*

Gerardo Enrique Lupián Morfín

Lic. en Derecho por la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, México. Maestro en
Derecho Corporativo por la Universidad de Guadalajara, México.

Máster en Seguridad y Prevención por la Universidad Autónoma de Barcelona, España.

Doctor en Derecho Público Global por la Universidad Autónoma de Barcelona, España.

Profesor de Tiempo Completo del Departamento de Ciencias Jurídicas y del Posgrado en
Derecho de la Universidad de Guadalajara, México.

gerardo.lupian@academicos.udg.mx

Fecha de recepción: 14 de mayo de 2020

Fecha de aprobación: 6 de junio de 2020

DOI: 10.5377/ryr.v52i52.10639



RESUMEN

El T-MEC no cuenta con un órgano para la revisión de las decisiones de los paneles; sin duda, ello da lugar a que este sistema sea menos judicial y vinculante, como cuestión de derecho, y por ende, es más flexible y diplomático; es decir, en el T-MEC se cuenta con un mecanismo de solución de controversias, en el que pesará más softlaw que el hardlaw.

Palabras clave: Órgano de Apelación, solución de controversias, paneles, T-MEC, softlaw, hardlaw.

ABSTRACT

The USMCA's Dispute Settlement mechanism does not have a Appellate Body. Consequently, dispute settlement mechanism results more diplomatic or softlaw. In other words USMCA dispute resolution a less reliable process for dispute settlemen, in which that political power weighs more than strictly legal.

Key words: *Appellate Body, dispute resolution, panels, USMCA, softlaw, hardlaw.*

Introducción

En nuestros días, las relaciones comerciales internacionales se encuentran definidas por la globalización, siendo esta un producto estadounidense que influye en todo el mundo y ha provocado la liberalización de los intercambios; con ello, su cultura, su sistema jurídico y administrativo, su técnica y su vocabulario se han internacionalizado.¹

En todo acuerdo o tratado internacional, las disposiciones que contienen las obligaciones entre los Estados son tan importantes como las que contienen las instituciones y los procedimientos necesarios para resolver futuras controversias (Lupián Morfín, 2015).

Tal y como considera Lamy, un sistema de comercio basado en normas no debe ser solamente seguro y previsible, sino también equitativo e imparcial. La seguridad, previsibilidad, equidad e imparcialidad son las notas distintivas de un eficaz sistema de solución de controversias. Al garantizar que todos los miembros, grandes y pequeños, ricos y pobres, disfruten de un sistema basado en normas, y no en el poder económico o político, la solución de controversias no es un sistema “que responde más a los intereses de los fuertes que de los débiles”.²

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) fue considerado como uno

1 Ballbé, M., *Revista de Administración Pública*, ISSN: 0034-7639, núm. 174, Madrid, septiembre/diciembre, 2007, p. 216. Ballbé se refiere al término americanización como “Estados Unidos de América”.

2 Recuperado de http://www.wto.org/spanish/news_s/sppl_s/sppl207_s.htm, (Fecha de consulta el 21 de septiembre de 2018).

de los tratados más avanzados en resolución de conflictos. Sus mecanismos de resolución de controversias comerciales inspiraron a otros acuerdos de gran importancia, como la Ronda de Uruguay, que culminó con la creación de la Organización Mundial del Comercio.

El 1 de julio de 2020 entra en vigor el T-MEC. México, EE. UU. y Canadá han tomado las medidas necesarias para cumplir con sus compromisos bajo el T-MEC, que reemplaza el TLCAN de 26 años.

Seade, subsecretario de América del Norte de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México (SRE), dijo que el principal logro de la negociación del Tratado comercial entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) fue establecer un sistema de solución de controversias funcional.³

El nuevo Capítulo 31 del T-MEC Sección A, recoge la Solución de Controversias bajo el título “Solución de Controversias” y contempla los siguientes epígrafes: “Cooperación”, “Ámbito de Aplicación”, “Elección del Foro”, “Consultas”, “La Comisión, Buenos Oficios, Conciliación y Mediación”, “Establecimiento de un Panel”, “Términos de Referencia”; “Lista y Requisitos de los Panelistas”, “Composición del Panel”, “Reemplazo de Panelistas”, “Reglas de Procedimiento para los Paneles”, “Presentación Electrónica de Documentos”, “Función de los Paneles”, “Participación de una Tercera Parte”, “Función de los Expertos”, “Suspensión o Terminación de los Procedimientos”, “Informe

3 Recuperado de <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/este-fue-el-logro-mas-importante-de-la-negociacion-del-t-mec-segun-seade>. Fecha de consulta: 14 de mayo de 2020).

del Panel”, “Cumplimiento del Informe Final” e “Incumplimiento-Suspensión de Beneficios”.

“Un tratado de libre comercio es un conjunto de reglas entre dos o más países, pero este tratado no va a significar nada sino hay un mecanismo efectivo de cumplimiento, por lo que yo considero que esa fue la piedra angular del T-MEC”, señaló Seade ante embajadores y cónsules.⁴

El principal negociador del acuerdo comercial por parte de México argumentó que, sin un sistema de solución de controversias eficaz, las reglas no se cumplirían, por lo que pasarían a ser opcionales o se atenderían con base en relaciones de poder. “Este es sin duda el elemento más importante del tratado...”, resaltó.

El T-MEC contempla un modelo de solución de controversias “uninstancial”, ya que es el mismo panel el que decide la controversia; este emite un informe preliminar, que deberá apegarse a una estructura determinada, sujeto a observaciones de las partes contendientes, para luego emitir un informe final, mientras que el modelo de la OMC permite que el informe del Grupo Especial esté sujeto a una segunda instancia ante el Órgano de Apelación integrados por individuos distintos a aquellos que conformaron el Grupo Especial.⁵

Metodología

Para dar un enfoque pertinente a esta investigación se utilizó el método científico, jurídico, analítico, histórico y comparativo, soportado en técnicas

⁴ Ídem.

⁵ Artículos 16.4 y 17 del Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC.

de investigación bibliográfica e internet; estos métodos coadyuvaron a precisar el contenido y desarrollo del presente artículo.

Resultados

Todo acuerdo es y será siempre fuente de controversias, tanto en su interpretación como en su aplicación, máxime cuando se pretende regular al comercio internacional.

En el T-MEC no se establece la obligación de iniciar ningún mecanismo alternativo de solución de controversias que no sea el que realiza el propio panel en cada caso concreto, aunque no existe ningún inconveniente para que las partes, en cualquier etapa del procedimiento y antes de que el panel dicte su resolución, lleguen a un acuerdo que concluya con la controversia, aun cuando no se tenga previsto de manera expresa (Reyes, 2007).

Una de las fallas en general de los medios alternativos, así como de las decisiones de las instancias de los órganos de solución de controversias de los paneles del T-MEC, es y será la falta de coercibilidad de las decisiones, ya que cuando un país tiene los medios económicos para asumir una represalia comercial, en este caso EE. UU. y Canadá, al tiempo que puede ser un gran intimidador para evitar retorsiones comerciales, un país en vías de desarrollo como puede ser México, se encuentra en una gran dificultad, para competir con un desarrollado, ante el incumplimiento de la resolución.

En el T-MEC los mecanismos de solución de controversias establecidos son temporales, porque no hay un órgano permanente que dé

lugar a la creación de un cuerpo legal, que dé en un futuro fuerza y luz a las resoluciones y constituya un tronco estable a los procedimientos.

Por lo tanto, en el T-MEC será crucial el establecimiento de un mecanismo idóneo y ágil que dé resolución a los problemas que surjan, que sea justo y por ende brinde seguridad, certeza y confianza a las partes. Asimismo, al tener un buen instrumento de estas características dependerá que el T-MEC se vaya perfeccionando a través de las revisiones periódicas, pues se tendrán las medidas a tomar, o al menos, se marcarán o indicarán sus soluciones.

Los sistemas de solución de controversias en los acuerdos regionales son, esencialmente, los mismos. Con *esencialmente los mismos* me refero a la instauración de paneles arbitrales *ad hoc*, que resuelven cada controversia en particular; esto después de haber pasado por una fase diplomática que muchas veces fracasa; acto seguido, el tribunal *ad hoc* emite una resolución, sin carácter vinculante y coercitiva, entre las partes en conflicto, ya que estas tienen la facultad de atenerse a la resolución o no (en este último caso, pueden optar por llegar a una negociación totalmente diferente al informe del panel) (Lupián Morfín, 2015).

Morgan ha notado dos diferencias importantes entre el sistema de la OMC y los sistemas de solución de diferencias de los acuerdos regionales: (1) En los acuerdos regionales, como el del TLCAN, era más común el recurso a mecanismos políticos y diplomáticos, que a sistemas jurídicos más formales. (2) La ausencia de un recurso de apelación en los acuerdos regionales (Luciano, 2014).

La preferencia por los mecanismos políticos y diplomáticos *softlaw* es el resultado de las relaciones estratégicas y políticas que existen entre muchos socios en los acuerdos regionales, como es el caso del T-MEC. La naturaleza de estas relaciones regionales también explica por qué han existido relativamente menos disputas formales entre los miembros del TLCAN, ahora T-MEC comparado con el sistema de la OMC.⁶

Otras razones de la relativa falta de controversias formales son la ausencia de mecanismos eficaces para la implementación y el cumplimiento en muchos acuerdos regionales y el poder asimétrico de los socios más grandes en ese contexto. Además, muchos acuerdos regionales, como el T-MEC, permiten recurrir al sistema de la OMC para solucionar las controversias comerciales entre sus miembros.

Una de las principales novedades que se introdujeron al mecanismo de solución de diferencias de la OMC fue el Órgano de Apelación denominado por los expertos en la materia como “la Joya de la Corona” cuyo objetivo ha sido otorgar mayor certeza y previsibilidad al sistema de solución de diferencias, el cual se ha cumplido.

Una importante razón de que se haya constituido el Órgano de Apelación es que, desde que se redactó el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) de la OMC, los informes de los Grupos Especiales han tratado de mejorar su técnica jurídica, por lo que en el actual sistema de

6 Recuperado de http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/CondonDiferenciasOMCyACR.pdf, (Fecha de consulta el 4 de diciembre de 2010).

solución de diferencias, los miembros de la OMC ya no pueden impedir, por sí solos, la adopción de los informes de los Grupos Especiales, salvo que dispongan, por lo menos, de la aprobación tácita de todos los demás miembros presentes en el Órgano de Solución de Diferencias (OSD).

Discusión

La opción de recurrir a la OMC aunada con la naturaleza política y estratégica de las relaciones entre los miembros de muchos acuerdos regionales también explica la ausencia del recurso a un órgano de apelación en los acuerdos regionales.

EE. UU. ha argumentado que el Órgano de Apelación de la OMC ha sobrepasado su mandato y amenaza la soberanía estadounidense, al denunciar constantemente trato injusto particularmente en la solución de disputas comerciales. Desde el 11 de diciembre de 2019, el Órgano de Apelación de la OMC ya no funciona debido al bloqueo de los nombramientos de jueces por parte de Washington. Pero a mediados de abril, los países de la Unión Europea dieron luz verde al establecimiento de un Tribunal de Apelación temporal para resolver disputas comerciales, para eludir el bloqueo de la OMC por parte de Trump.

En este orden de ideas, y antes del bloqueo por parte de EE.UU. al Órgano de Apelación de la OMC, el modelo de esta ha sido el más idóneo entre los existentes en la actualidad, para obtener conclusiones aplicables de manera analógica en el T-MEC, aun a sabiendas de las diferencias estructurales y de funcionamiento que existen entre ambas organizaciones internacionales.

La ausencia de un Órgano de Apelación en el T-MEC no asegura su correcta interpretación, ya que las decisiones podrían ser gobernadas por consideraciones políticas, en lugar de serlo por consideraciones legales, por lo que podrá haber flexibilidad en la aplicación de los términos incluidos en los acuerdos por parte de los paneles.

Por lo tanto, en el T-MEC se cuenta con un mecanismo de solución de controversias, en el que pesará más el *softlaw* que el *hardlaw*.

En un futuro cercano, la implementación de un Órgano de Apelación Permanente en el T-MEC demostraría originalidad, pues es interesante, muy novedoso y supone una mejora y permitirá la creación de una obra jurídica que deba ser vinculatoria y sirva como precedente ante la falta de conocimientos y costumbre en el trato de estos temas, así como la existencia de normas idóneas.

Conclusión

Estoy de acuerdo con Seade cuando afirma que el valor de un tratado comercial radica en la seguridad de que los compromisos se efectuaran y define al sistema de solución de controversias del T-MEC como la piedra angular, porque otorga la posibilidad de un reclamo y de dimitir lo que surja 8. Esto no sucederá sin una nueva ronda de negociaciones entre los países miembros para acordar la constitución de un Órgano de Apelación Permanente o alguna nueva figura jurídica similar que desafíe las premisas de un enfoque puramente burocrático del problema, en donde los tres países acuerden ceder parte de su soberanía para el correcto funcionamiento de esta nueva Institución.

Esta es la razón fundamental por la cual un Órgano de Apelación Permanente regulado en el T-MEC proporcionará un equilibrio entre el *softlaw* y el *hardlaw*, un camino mucho más adecuado y garantista con proyección de futuro.

En este orden ideas coincido con Abat I Ninet en que “La trasplatación jurídica nunca es fácil, nunca es aséptica y requiere un conocimiento previo de las instituciones que se barajan”. “Además, la trasplatación no puede ser de una magnitud que desnaturalice la institución en la que se pretende llevar a cabo, y no puede contradecir las normas propias de dicha institución” (Lupián Morfín, 2015).

Bibliografía

Linares, L. D. (2014). *Controversias en la OMC protagonismo y estrategias de los países en desarrollo*. Buenos Aires, Argentina: Teseo.

Lupián Morfín, G. E. (2015). La OMC y El TLCAN. *Los Mecanismos de Apelación*. Guadalajara: Umbral.

Ballbé, M. (2007). The regulatory and administrative state. *Revista de Administración Pública, ISSN: 0034-7639, num. 174, 216*.

OMC. (18 de septiembre de 2018). *Excepciones a las normas de la OMC*. Obtenido de https://ecampus.wto.org/admin/files/Course_384/Module_672/ModuleDocuments/eWTO-M8-S.pdf

OMC. (2018). https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm. Obtenido de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm

Reyes, C. (2007). *Comercio Internacional, jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales*. México: Porrúa.