

MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE SERVICIOS EN EL TLCAN: ASUNTO PENDIENTE

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Importancia jurídica y materias relacionadas.* III. *Subsectores de servicios negociados en el TLCAN.* IV. *Solución de controversias.*

I. INTRODUCCIÓN

Resulta verdaderamente nuevo analizar el tema mecanismo de solución de controversias en materia de servicios en el TLCAN, considerando que para los objetos tangibles, ya se tenían antecedentes desde el antiguo GATT ahora OMC.¹ En efecto, poco a poco van teniendo relevancia los nuevos objetos del comercio internacional, antes menospreciados en el área económica y por ende en la parte jurídica. En nuestro país, Fernando de Mateo ha realizado estudios económicos sustanciales que permiten observar la gran participación de ellos, en la economía, tanto en el Producto Interno Bruto como en el empleo.

Por lo anterior, la inquietud a desarrollar en el presente trabajo, consiste en observar, que después de aparecer sustantivamente estos intangibles, regulados internacionalmente, tanto a nivel multilateral como regional, no son tratados igual que los bienes o mercancías, y también sostienen procedimientos especiales para la resolución de conflictos entre las partes.

En el TLCAN surgen estos mecanismos de solución de controversias que aún no se han instado por las partes, y aún no sabemos, cuales son los efectos reales, o si éstos son los más idóneos para resolver los conflictos.

En este orden de ideas, planteamos la importancia jurídica, las regulaciones internacionales a nivel multilateral y regional, posterior-

¹ Más de 196 casos a la luz del GATT desde su inicio en 1948 hasta 1994 y 96 casos a partir del nuevo GATT-OMC a partir de 1995 (presuntamente todos en materia de mercancías), aproximadamente 25 casos en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre México vs. EUA y vs. Canadá.

mente destacamos los subsectores de servicios que se negociaron en el TLCAN, y, revisamos los mecanismos de solución de controversias que se aplican en materia de servicios y temas conexos en el TLCAN.

II. IMPORTANCIA JURÍDICA Y MATERIAS RELACIONADAS

En efecto, la presencia de los servicios como nuevos objetos del comercio internacional, ha determinado su propio concepto que responde ineludiblemente al privilegio del conocimiento,² así como nuevos conceptos económicos, tales como: la denominada ventaja competitiva superadora de la ventaja comparativa, externalización de los servicios, etcétera, así como las garantías jurídicas que presupone el desplazamiento del comercio de servicios entre países que puede asumir tres formas:

- Movilidad del consumidor del servicio. Trasladándose el consumidor o adquirente de servicios a otro país que provee el servicio (turismo de exportación o compra de servicios educativos en una Universidad extranjera).
- Movilidad del prestador del servicio. Trasladándose el proveedor del servicio al mercado de otro país a prestar dicho servicio sin efectuar grandes inversiones para ello. (Un profesionista mexicano que va a prestar un servicio a otro mercado).
- Movilidad del servicio. Efectuar inversiones en infraestructura, maquinaria y equipo en un mercado determinado (la empresa "ICA" Ingenieros Civiles Asociados, que presta sus servicios en otro país con su maquinaria, su personal; y viceversa, una empresa extranjera prestadora de un servicio hotelero en México, para lo cual requiere hacer las inversiones en nuestro país), y sobre el actual servicio de *Internet*.

De las tres modalidades jurídicas que presenta la comercialización internacional de los servicios, la más importante es la señalada en el último punto, que nos ubica en un tema central de las actuales negociaciones multilaterales y trilaterales en que México está implicado.

Así vemos, que se da una simbiosis entre servicios que desde un país determinado se prestan en mercados extranjeros e inversionistas que para cumplir dichas tareas requieren de garantías legales asimi-

² Véase Sakaya, Taichi, *La sociedad del futuro. Historia del conocimiento*, Ed. Bello, 1995; Thurow, Lester, *La guerra del siglo XXI*, Ed. Vergara, cap. 8, pp. 285-300 y Reich, Robert, *El trabajo de las naciones*, Ed. Vergara, Introducción, pp. 13-19.

lables a los nacionales de dichos mercados. Esto es, un derecho de establecimiento, un trato nacional, y mecanismos que garanticen seguridad jurídica, pasan a ser premisas fundamentales en las transacciones comerciales sobre servicios.³

Con estas tres formas de comercialización internacional de los servicios, se interpreta que debe existir un derecho a establecerse y éste a su vez, no vincula al principio de trato nacional, lo cual nos conduce a las siguientes interrogantes: ¿Dónde yo quiera? ¿la actividad que quiera? ¿qué garantía tengo, respecto a eventuales expropiaciones?

Asimismo, emergen temas interrelacionados tales como inversión y entrada temporal de personas de negocios.⁴

Por lo anterior, surgen ordenamientos jurídicos multilaterales, regionales, tales como la Organización Mundial de Comercio (OMC), el TLCAN, entre otros.

Dichos ordenamientos, parten de los principios de trato nacional, trato de la nación más favorecida, transparencia.⁵

De tal suerte que, los compromisos establecidos en los instrumentos con diverso valor jurídico para cada uno de los países miembros o partes, presuponen diferente aplicación y, por ende, diferente técnica de asimilación en los sistemas jurídicos de cada país miembro en sus derechos nacionales, hasta el incumplimiento, lo cual da lugar a conflictos.

En efecto, recordemos que el funcionamiento del TLCAN, responde a las diversas jerarquías que cada país establece, respecto a las obligaciones y derechos derivados del Tratado.

Para México, tiene el carácter autoaplicativo que le otorga el artículo 133 de la Carta fundamental;⁶ para Estados Unidos, por su

³ Hernández Ramírez, Laura, "Los servicios en el derecho interno mexicano y el Tratado de Libre Comercio", *Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Análisis, Diagnóstico y Propuestas Jurídicas)*, México, UNAM, 1993, t. II.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Documento dividido en cuatro partes, entre otros, los siguientes artículos, Divulgación de la información confidencial (art. III), Trato especial a países en vías de desarrollo (art. IV), Compromisos específicos (art. XVI-XVIII), Acceso a mercados (art. XVI), Trato nacional (art. XVII), liberalización progresiva (art. XIX-XXI y seis anexos).

⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, 6a. época, vol. 151-156, sexta parte, p. 186. En otra tesis relacionada con la obligatoriedad del Convenio de París para Protección de la Propiedad industrial, la Suprema Corte de Justicia determinó que "debe estimarse que de conformidad con el artículo 133 de la Constitución General de la República, tiene categoría de Ley Suprema de la Unión, por lo cual las autoridades competentes están obligadas a acatarlos" *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vol. 115-120, p. 101. En una decisión reciente que resuelve una contradicción de tesis de dos Tribunales Colegiados de Circuito, y que por lo tanto sienta jurisprudencia obligatoria, el Pleno de la Corte, al examinar la aplicación del Protocolo sobre uniformidad del

parte, tiene el carácter de acuerdo congresional, que le permite posponer o limitar una obligatoriedad vertical, dilatando sus efectos en el territorio de los Estados y condados; Canadá, bajo un esquema de negociación con las provincias y regiones, aplica el TLCAN en forma condicionada. A tres años de su entrada en vigor solo la provincia de British Colombia, lo incorporó a plenitud. Esto es, tanto Canadá como Estados Unidos de América, sostienen como factor de aplicación en su territorio un instrumento de implementación.⁷

Esta variedad de jerarquías jurídicas, impactan los capítulos que se refieren al comercio de servicios y las materias que se relacionan, así como toda la geografía de los XXII capítulos, y sus acuerdos complementarios, haciendo que compromisos explícitos (transporte terrestre de carga y pasajeros, entre otros, o de productos porcícolas, etcétera,) no se cumplan por parte de Estados Unidos mientras Canadá y México lo aplican en sus territorios.

También es oportuno señalar que pese a la enorme trascendencia del tema de servicios, ni en la OMC o en TLCAN, no contemplan regulación alguna para las hipótesis de las prácticas desleales en la prestación de servicios entre países,⁸ situación empero, que puede presentarse en los intercambios de servicios mundiales, hecho que podemos comprobar con el Reglamento de la actual Unión Europea (CEE) número 4057/86, relativo a las prácticas de tarifas desleales en los transportes marítimos.⁹

régimen legal de los poderes determinó que: "sus reglas deben entenderse incorporadas al derecho nacional en términos del artículo 133 de la Ley Fundamental y, por lo mismo de observancia obligatoria y de aplicación directa en esta materia", Contradicción de Tesis 3/92, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesión del 2 de marzo de 1994.

7 Gall, Gerald L., *The Canadian Legal System*, 3a. ed., Canadá, Ed. Carswell, 1990, p. 351; *Constitution Act*, 1987, RSC., 1985, Appendix II, núm. 5, Subsection 91(2); and *Legal Problems of International Economic Relations*, 2a. ed., United States, p. 122.

8 En efecto, me parece pertinente señalar este punto, ya que desde que se inicia el comercio multilateral se han venido fortaleciendo las regulaciones en prácticas desleales del comercio de mercancías derivado de las tesis de libre comercio en la actualidad, tal es el caso de los Acuerdos *Antidumping* y Anti Subvenciones de la OMC, hasta considerar un mecanismo de solución de controversias en el propio TLCAN. Paralelo a ello y, en función de las regulaciones de los servicios, es previsible que dichas prácticas desleales proliferen también en los intercambios de intangibles y sin embargo, adolecemos de regulaciones en la materia a nivel multilateral, regional y sobre todo a nivel nacional.

9 Publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* del 31 de diciembre de 1986.

Por lo anterior, resulta interesante, incursionar en los diversos subsectores que han sido negociados en el TLCAN, analizarlos brevemente, ya que México está demasiado comprometido por su *status* jurídico, para identificar a su vez, las posibles instancias que intervinen para resolver los conflictos en la materia.

III. SUBSECTORES DE SERVICIOS NEGOCIADOS EN EL TLCAN

Nos parece necesario, iniciar utilizando las formas de desplazamiento que surgen de la prestación de servicios a nivel internacional, y que fueron brevemente analizadas en nuestro punto anterior, relacionándolas con los subsectores negociados en TLCAN, de tal forma que para ser más claros, nos preguntaríamos: ¿Cuáles son los servicios que se prestan movilizándose el consumidor del servicio? ¿cuáles son los servicios que se prestan movilizándose el prestador del servicio? y ¿Cuáles son los servicios que se prestan movilizándose el servicio *per se*?

Respecto al primer y segundo cuestionamiento, nos remitimos al análisis del tema denominado en el capítulo XII del TLCAN; comercio transfronterizo de servicios, en donde no se impone el derecho de establecimiento, y únicamente utiliza el término presencia local.

En relación al tercer cuestionamiento, nos hemos referido a la necesidad de existir la inversión, de tal suerte que nos abocamos al análisis del capítulo XI inversión del TLCAN, en lo que se refiere a servicios.

No obstante, resulta de vital importancia destacar dos capítulos del TLCAN, en los que se dan los elementos de los tres supuestos, y que son los capítulos XIII sobre telecomunicaciones y capítulo XIV, servicios financieros, en donde sí se exige un derecho de establecimiento.

Asimismo, en la prestación de servicios en todas y cada una de sus formas de desplazamiento, necesitamos considerar el tema de "entrada temporal de personas de negocios" que se regula en el capítulo XVI del TLCAN.¹⁰

¹⁰ Recordemos que los compromisos establecidos en este capítulo, fueron totalmente contrariados con la expedición de la Ley Helms Burton, expedida por el Congreso de los Estados Unidos de América y firmada el 12 de marzo de 1996 por el presidente Clinton, la cual tiene la intención de cerrar aún más el embargo de los Estados Unidos contra Cuba. La Helms-Burton (titulada por sus promotores como "La Ley para la libertad y la solidaridad democráticas cubanas") tiene cuatro capítulos (o títulos). El primer capítulo contiene medidas encaminadas a intensificar las sanciones

En este sector se consideran diversos principios, sin embargo, para que se de la apertura a algunos subsectores, se exige el principio de gradualidad, a través de reservas sin o con "calendario de reducción —a corto o mediano plazo—" que regulan los compromisos en los que México está implicado.

Respecto a los subsectores con calendario de reducción a corto plazo, han sido de muy poca recepción por parte de uno de nuestros socios comerciales (servicios de ingeniería, transporte terrestre), por lo que con ello, se presentan serios conflictos que dan lugar a activar el capítulo XX del TLCAN, o efectuar lo conducente en cuanto a solución de controversias, tema que trataremos al final de este capítulo.

En nuestro país, para lograr manejar este calendario de reducción a corto plazo, se manifiesta un cambio en nuestro sistema jurídico,

económicas contra Cuba. Los títulos que han recibido más atención en la prensa internacional son el III y el IV, los cuales imponen sanciones a compañías de terceros países que, de acuerdo con la ley, "trafican" con propiedad "confiscada". El título III, establece una solución, en materia civil, para los ciudadanos de los Estados Unidos cuyas propiedades fueron nacionalizadas o confiscadas por el gobierno cubano desde el 1o. de enero de 1959. De esta manera, los antiguos dueños de la propiedad pueden demandar en cortes de los Estados Unidos a compañías extranjeras que "trafican" con su antigua propiedad. El título IV ordena que el Secretario de Estado y el "Fiscal General" nieguen la entrada a los Estados Unidos a los funcionarios de las compañías, así como a sus cónyuges e hijos menores, que "trafiquen" con propiedad confiscada. Los medios internacionales de comunicación han exagerado el alcance de los títulos III y IV. Si bien ello ha tenido un efecto escalofriante en las inversiones con Cuba, su alcance no es ilimitado. La ley no significa que cualquier compañía que tiene comercio con Cuba pueda ser sometida a una demanda en los Estados Unidos. Solamente aquellas compañías que tienen inversiones directas o ejercen control sobre propiedad que fue confiscada a ciudadanos de los Estados Unidos están dentro del alcance de la ley. Esto es evidente en la manera como el Departamento de Estado ha estado implementando el título IV; han adoptado una definición de "traficando" que se limita a tales actividades de inversión. En efecto, la lectura en conjunto de varias secciones de la ley imponen tal conclusión. A la fecha, sólo dos compañías extranjeras han sido puestas en lista para la exclusión. El 16 de julio de 1996 en un intento por calmar a estos aliados, el presidente Clinton suspendió por seis meses la fecha en que los ciudadanos de Estados Unidos, pueden presentar una demanda; Canadá y México también han adoptado legislación para bloquearla. Además el 1o. de octubre de 1996, contrario a la declaración previa de que no iban a tomar ninguna acción hasta después de las elecciones presidenciales de los Estados Unidos, los ministros de relaciones exteriores de la Unión Europea solicitaron un panel de solución de controversias para recusar la Ley Helms-Burton en la reunión de la Organización Mundial de Comercio, que a la fecha se desistieron de la acción. México, Canadá y la Unión Europea establecieron regulaciones en contra de esta Ley. También se presentó la solicitud de consulta bajo el TLCAN, que presentaron tanto México como Canadá sobre la Ley estadounidense Helms-Burton, para definir si se buscan soluciones negociadas o pasan directamente al mecanismo de solución de controversias del TLCAN.

se hace la sustitución de “concesiones” por “permisos”,¹¹ para que los nacionales de otra parte, puedan participar en determinado tiempo en la prestación de diversos servicios, como más adelante analizaremos en la prestación de servicios a la agricultura —aplicación de pesticidas— por ejemplo.

Considerando los tres desplazamientos tanto del consumidor o prestador de servicios, o el servicio por sí mismo (inversión), donde se requiere el respeto a un derecho de establecimiento, tenemos por ejemplo: a los servicios profesionales; transporte; turismo; servicios para la construcción; agricultura; telecomunicaciones; servicios de las industrias culturales y servicios financieros, mismos que señalaremos brevemente a continuación.

1. *Servicios profesionales*

El TLCAN los define como los servicios que para su prestación requieren de educación superior especializada, adiestramiento o experiencia equivalentes y cuyo ejercicio es autorizado o restringido por una parte, pero no incluye los servicios proporcionados por personas que practican un oficio o a los tripulantes de barcos mercantes y aeronaves.

En el anexo 1210.5 se señalan tres secciones: A. Disposiciones generales, B. Consultores jurídicos externos, C. Otorgamiento de licencias temporales para ingenieros. Este anexo, maneja un criterio prospectivo, en el cual se elaborarán normas y criterios, considerando siete aspectos —Educación, exámenes, experiencia, conducta y ética, desarrollo profesional y renovación de la certificación, ámbito de acción, conocimiento local, y protección al consumidor—. Al respecto, consideramos muy ambicioso e interesante tratar de hacer normas y criterios conforme al desarrollo profesional y renovación de la certificación, que se refiere a una educación continua y los requisitos correspondientes para conservar el certificado profesional, y más aún,

11 Recordemos que para el derecho administrativo estos dos conceptos son totalmente diferentes. La concesión, es un acto jurídico por el cual la administración pública otorga por tiempo determinado, a un particular, el derecho de prestar un servicio público o de usar, aprovechar bienes del Estado, de acuerdo a las normas que lo regulan, en cambio el “permiso”, no obstante que lo otorga el Estado, se reduce al ejercicio de un derecho preexistente de los gobernados, en donde pueden prestar un servicio al público y no servicios públicos. Delgado Gutiérrez, Luis Humberto y Manuel Lucero Espinoza, *Compendio de derecho administrativo*, México, Porrúa, 1995, pp. 328 y 329. Véase Fernández Ruiz, Jorge, *Servicios Públicos*, México, Porrúa, 1995.

hablar del aspecto "protección al consumidor", considerando requisitos alternativos al de residencia, tales como fianzas, seguros sobre responsabilidad profesional y fondos de reembolso al cliente para asegurar la protección al consumidor.

Por ejemplo, para asimilar el compromiso de "protección al consumidor", se tendría que realizar una adecuación a nuestra Ley Federal de Protección al Consumidor (reformada y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de diciembre de 1992), para estar acorde con dicho compromiso, recordemos el texto del artículo 5o. que dice: "Quedan exceptuadas de las disposiciones de esta Ley [...] los servicios profesionales que no sean de carácter mercantil".

Es importante destacar que en el TLCAN, se definen las modalidades de acceso, al igual que las reservas y las excepciones (tanto federales, estatales o provinciales) que cada país impondrá para la prestación de servicios profesionales y se crean mecanismos para la expedición y certificación de licencias. México por su parte, establece algunas reservas a nivel federal y estatal y otras únicamente a nivel federal en este subsector, que van de dos a cinco años, y desde nuestro punto de vista muy desafortunadas.

Por ejemplo, los agentes aduanales, en la reserva se dice "no existe calendario de reducción y está sujeto a discusión por las partes después de cinco años de la fecha de entrada en vigor del TLC".

Antes de la reforma a nuestra Constitución en marzo de 1997, se podría pensar que se respetaba nuestra carta magna en su artículo 32,¹² que en su último párrafo establecía la preferencia de los mexicanos por nacimiento para desempeñar los cargos de agente aduanal, entre otros.¹³ Sin embargo, la reforma excluye al agente aduanal,

12 Con la reserva aparente se pudo pensar que el agente aduanal era desde el punto de vista jurídico un auxiliar del comercio y presta un servicio descentralizado sancionado por el Estado y las funciones que desempeña son sumamente delicadas pues consisten en determinar los requisitos fiscales y extra-fiscales que deben cumplirse para que una mercancía sea internada, o en su caso exportada, legalmente al o del país. Es decir, que coadyuva a la aduana en sus funciones de guardián de la entrada a nuestra patria, protegiendo la economía y otros intereses nacionales, tales como la sanidad, la seguridad, etcétera, mediante la aplicación estricta de la ley. Con ello se consideraba que nuestra Constitución exigía tal calidad de mexicano por nacimiento para realizar actividades de agente aduanal, con esto, podríamos pensar que solo un nacional puede tener el conocimiento, el interés y el celo necesarios para exigir el cumplimiento de nuestra ley, ahora esto termina.

13 De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos capítulo II De los Mexicanos artículo 32. "Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros, en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones del Gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano. En tiempo de paz ningún extranjero podrá servir en el ejército, ni en las fuerzas de policía

para estar acorde a lo negociado en TLCAN recordemos que, habrá una revisión de la reserva cinco años después de la entrada en vigor del Tratado por parte de nuestro país y Estados Unidos, con lo que seguramente se permitirá que los estadounidenses o canadienses puedan llevar a cabo esta actividad, recordemos también que las transnacionales son las principales promotoras, ya que regularmente han sido asesoradas por apoderados aduanales estadounidenses o canadienses.

Actualmente la Ley Aduanera, no ha sido modificada en relación a la actual reforma, y en su artículo 159, establece quien es un agente aduanal, que a la letra dice: "es la persona física autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante una patente, para promover por cuenta ajena el despacho de mercancías, en los diferentes regímenes aduaneros previstos en esta ley".

2. Transporte

Este subsector se negoció en su ámbito terrestre, respecto al marítimo y aéreo se estará a lo dispuesto en acuerdos bilaterales, y los plazos señalados en el TLCAN, no fueron suficientes para alcanzar una sana posición competitiva, en un sector porque no se contó con los efectos negativos de una desregulación incompleta, de la crisis económica y de la competencia desleal que desprenda los precios de los servicios.¹⁴

Asimismo, pareció que realmente se iban a cumplir los compromisos ya expuestos, obviamente por nuestro país, de facto, se da además la apertura en este subsector y de derecho, no se esperaron por mucho tiempo los cambios legislativos que se requerían para que ésta se diera.¹⁵ No obstante, los empresarios americanos conti-

o seguridad pública. Para pertenecer a la marina nacional de Guerra o a la fuerza aérea, y desempeñar cualquier cargo o comisión a ellas, se requiere ser mexicano por nacimiento. Esta misma calidad será indispensable en capitanes, pilotos, patrones, maquinistas, mecánicos y, de una manera general, para todo el personal que tripule cualquier embarcación o aeronave que se ampare con la bandera o insignia mercante mexicana. Será también necesaria la calidad de mexicano por nacimiento para desempeñar los cargos de capitán de puerto y todos los servicios de práctica y comandante de aeródromo, así como todas las funciones de agente aduanal en la República".

14 Matus, María Fernanda, "Transporte. Industria estrangulada", *Revista Expansión*, México, 7 de junio, 1995, p. 34.

15 Nuestra legislación en este subsector, constantemente se ha modificado, lo cual podemos observar en el Reglamento para el autotransporte federal de carga, que en su

núan observando las políticas mexicanas que los limitan para que puedan proveer estos servicios, ya que cuentan con grandes empresas transportistas tienen de 25 mil a 300 mil vehículos rodando, les interesa llegar a México, pero no para asociarse con las nacionales, sino para quedarse con el mercado del transporte.¹⁶ Pero ellos, no cumplen sus compromisos y cierran su mercado.

En efecto, en el transporte de carga subsector estratégico en el desarrollo económico de nuestro país,¹⁷ han surgido controversias e irregularidades, hasta el punto de no permitir que entrara en vigor la segunda fase del TLCAN.

Recordemos que se hicieron manifestaciones por nuestros negociadores de hacer compatibles las diferencias existentes como: infraestructura, reglas de manejo, condiciones de seguridad, jornadas de operación, diferentes idiomas, calidad de diesel y gasolina, entre otros. Sin embargo el tiempo transcurre muy rápido, y el transporte estadounidense siguió tomando ventaja con el mexicano.¹⁸

reforma establece: Libertad de ruta, libertad para transportar cualquier carga que el vehículo permita, eliminaciones de restricciones geográficas de carga y descarga, Eliminación de asignación de carga por rol en centrales de carga, libertad de contratación entre el usuario y el transportista, autorización a permisionarios de carga particular para transportar carga de terceros, legalización de transportistas "piratas", eliminación de la facultad de decisión de concesionarios ya establecidos en el otorgamiento de concesiones y permisos, autorización de circulación a *trailers* dobles hasta de 30 metros, eliminación del perforado de carta de porte, liberación de la tarifa, eliminación de la sobrecuota en mercancías de importación, eliminación del uso obligatorio de centrales de carga, sustitución de concesiones por permisos, en 45 días máximo. Asimismo, el Reglamento para el servicio público de autotransporte federal de pasajeros (*Diario Oficial* 30 de mayo de 1990) se reforma estableciendo: Apertura y simplificación en el otorgamiento de permisos y concesiones, desconcentración de los centros de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, prestación libre de servicios en terminales áreas y portuarias, permisos por tiempo indefinido, establecimiento de nuevos servicios de acuerdo con la comodidad y el lujo, con la antigüedad máxima de los vehículos y servicios complementarios para los de lujo, libertad de elección de itinerario para el permisionario, reglas claras de entrada y salida de las rutas, así como respecto a itinerarios y horarios mínimos. Mecanismos de información al usuario respecto a cambios en los horarios. Liberación de tarifas.

16 "A guide to the Agreement what it means for U. S. bussines", *Implications for U.S. Business, International Division U. S. Chamber of Commerce*, Washington, D. C., 1992. p. 10.

17 Su importancia se sustenta fundamentalmente en el alto grado de encadenamiento con el funcionamiento económico general, ya que el autotransporte atiende la demanda de setenta y un ramas de la economía y requiere bienes y servicios de cuarenta y una de ellas.

18 1. Equipo de transporte más barato y superior en tecnología en relación al mexicano. 2. Facilidades de pago hasta 60 meses. 3. Interés bancario que puede fluctuar entre el 7 por ciento al 10 por ciento dependiendo del tamaño de la empresa y el volumen de compra que sostenga con el distribuidor de tractocamiones o semirremolques o

Las desventajas que actualmente y en el futuro tendrá el autotransporte nacional son: 1. Al penetrar en los Estados Unidos, se tendrá que negociar con el gobierno estadounidense a través de múltiples dependencias, como son: Departamento de Transporte (DOT), la (ICC) Comisión Interestatal de Comercio, más con los 48 gobiernos de los estados libres y soberanos de los Estados Unidos, los cuales dentro de su autonomía, podrán hacer cobros por el consumo de diesel, uso de carreteras, así como revisiones de seguridad de acuerdo a sus criterios. 2. Pago de seguros de responsabilidad civil, así como para proteger la carga transportada, forzosamente. 3. Pago por peajes de patios fiscales. 4. Revisiones aduaneras en los cruces y en los puntos de revisión en el interior del país (Estados Unidos de Norteamérica), de cinco diferentes autoridades, a saber: inmigración, aduanas, DEA, la Guardia Nacional, el Departamento de Tránsito Estatal y el Departamento de Agricultura y Salubridad. 5. Licencia de conducir norteamericana para el chofer del Servicio Público Federal y la exigencia de que sea bilingüe, en ciertos casos, requisitos difíciles de cubrir por choferes mexicanos. 6. La tarjeta de salud (certificado médico), para el chofer mexicano y también certificado médico de no adicción a las drogas. 7. Como resultado del estricto cumplimiento de los pesos del vehículo con carga, y considerando que el equipo mexicano es más pesado, los camiones podrán llevar menos carga útil que su contraparte norteamericana. 8. Y una vez en los Estados Unidos el costo más alto de diesel. 9. El costo de acondicionar el tractocamión a los parámetros de seguridad estadounidense y de control de emisiones contaminantes. 10. Competir contra 42 millones 813 mil vehículos estadounidenses y 3 millones 600 mil canadienses aproximadamente que circulan por las carreteras de ambos países. 11. Un IVA más alto y un impuesto del 2 por ciento al activo fijo, si la empresa opera con números rojos (que actualmente lo hacen). 12. Falta de financiamiento

equipo general de transporte y con su banco en lo particular. 4. Llantas a precios que pueden variar desde un 25 por ciento hasta 42 por ciento más baratas. 5. Refacciones en un 38 por ciento más baratas en relación a las mexicanas. 6. 43 por ciento más barato el aceite y sus derivados para tractocamiones y semirremolques. 7. Un IVA e impuesto más equitativo a las empresas que nuestro sistema. 8. Y una vez entrando en carreteras nacionales, su consumo de diesel bajará al precio que en el momento de la apertura se encuentre en nuestro país. 9. El sueldo del chofer reducirá a la proporción acorde a los salarios o comisiones vigentes del operador en carreteras nacionales. 10. El autotransporte norteamericano hará uso de las carreteras nacionales con exceso de peso como lo hacen las empresas nacionales, cooperando con ello a la destrucción de las carreteras. 11. El autotransporte norteamericano sólo tendrá que negociar con el Gobierno Federal a través de una sola dependencia, que es la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

adecuado en tiempo, y sin tanto requisito, como los que actualmente impone la Sociedad Nacional de Crédito (banca mexicana). Las empresas de transporte mexicanas gozarán únicamente de las siguientes ventajas, una vez penetrado en los Estados Unidos: costo menor de insumos, como son: llantas y refacciones, pero de contado, ya que no tendrán acceso a los financiamientos estadounidenses por no ser empresa basada en los Estados Unidos.¹⁹

La fecha pactada por los negociadores del Tratado de Libre Comercio, para la entrada en vigor de la segunda fase del mismo, en lo que se refiere en materia del Transporte de Carga fue el 18 de diciembre de 1995, lo que significaba que a partir de ese día Estados Unidos y Canadá permitirían el ingreso de los camiones mexicanos a sus estados fronterizos y México otorgaría derechos similares a sus dos contrapartes.

Sin embargo, esta parte del Tratado de Libre Comercio ha sido violado por el gobierno estadounidense cediendo a la presión de los sindicatos del transporte,²⁰ grupos ambientalistas y gente preocupada por la seguridad de las carreteras de Estados Unidos.²¹

19 Véase *Excélsior*, 17-28 de diciembre de 1995.

20 Según los puntos de la demanda presentada por los sindicatos estadounidenses ante una corte federal, los camiones mexicanos son hasta tres veces más viejos que el promedio de la flota camionera de los Estados Unidos y no están sujetos a la misma reglamentación sobre el transporte de carga peligrosa y limitaciones sobre horas de manejo para los operadores, que está vigente para los camioneros estadounidenses. Los sindicatos argumentan en la Corte, que los estados y la federación no tienen ni con mucho los recursos necesarios para inspeccionar a los miles de camiones mexicanos que entrarían amparados con el capítulo respectivo del TLC. Los sindicalistas argumentan además, que 25 por ciento de los camiones que entran en México traen cargas peligrosas o tóxicas. De 835 camiones que entraron en Texas en un determinado día con carga peligrosa, sólo 122 portaban anuncios que identificaban su carga, pero 65 de esos anuncios estaban equivocados. Camioneros mexicanos aseguran que sus colegas estadounidenses los tratan sin consideración y consumen drogas costosas para permanecer despiertos en sus largas rutas, otros consideran que los norteamericanos se quejan porque temen que los transportistas mexicanos que cobran menos, los reemplacen. Por lo tanto, los camioneros mexicanos exigen reciprocidad, ningún camión estadounidense entrará a territorio nacional si no se cumple con las reglas previstas para el autotransporte en México y viceversa. El presidente de la Cámara del Autotransporte de Carga (CANACAR), Bernardo Lujtsain Bumstein definió, al referirse a las especies divulgadas por los transportistas estadounidenses: "están buscando la forma de desacreditar al transporte mexicano y alegan que los vehículos sean de modelos muy antiguos; que los choferes no han pasado cursos de capacitación y apoyan el que los transportistas mexicanos tengan que pagar un impuesto". *Boletín Informativo CANACAR*, Cámara Nacional del Autotransporte de Carga, México, 1994; Periódico *Excélsior*, del 17 al 31 de diciembre de 1995.

21 El gobernador de Texas, George Bush Jr. calificó el bloqueo a los camiones mexicanos de injusto y contradictorio ya que no se puede estar a favor del TLC y en contra del libre comercio. Por su parte, Pete Wilson, gobernador de California, criticó

Mientras los dos gobiernos no se pongan de acuerdo en nuevas reglas, prácticamente dictadas por la administración estadounidense, esas disposiciones no entrarán en vigor y los transportistas de carga mexicanos continuarán restringidos a una llamada "zona económica" de entre 12 y 15 millas a lo largo de la frontera y que según son las mismas restricciones aplicables para los transportistas estadounidenses, situación que de facto no se da.

La Comisión Interestatal de Comercio de Estados Unidos empezó a partir del 18 de diciembre de 1995, a aceptar solicitudes de transportistas mexicanos para operar en las carreteras de los cuatro estados fronterizos, pero esas solicitudes no serán aprobadas mientras los dos países no tengan el acuerdo sobre reglas de seguridad más estrictas.

Desde el punto de vista legal y conforme a los lineamientos del Tratado de Libre Comercio, México ha cumplido hasta ahora con todo lo previsto en plazos, formas y esquemas de operación en materia de autotransporte, por lo que cualquier negativa del gobierno estadounidense puede motivar la aplicación del capítulo XX del TLCAN, situación que el gobierno mexicano considera muy complicada, solo tendríamos que observar que en los objetos del comercio más conocidos como son los bienes, existe mucho recelo por parte de la autoridad mexicana, para actuar legalmente y se tienen que manejar posiciones políticas, que al final pueden afectar aún más a nuestro país.

Asimismo, tuvo lugar la reunión ministerial de la Comisión del TLCAN,²² cuya agenda contemplaba puntos tan importantes como el problema de transporte de carga, que desde 1995 por cuestiones "electorales" Estados Unidos incumplió con la apertura de las fronteras.²³

severamente a la administración de Clinton por retrasar la entrada en vigor de este rubro y la calificó como una decisión contraria al espíritu del pacto trilateral. Si bien es cierto que el transporte de carga nacional, no alcanza los niveles de competitividad como los de Estados Unidos y Canadá, pues sólo el 10 por ciento de las unidades cumplen con las normas estadounidenses, es intrascendente que se haya pospuesto la primera etapa del TLC, castigando así, a los transportistas mexicanos que estaban preparados para corresponder a los estándares de Estados Unidos. *Ibidem*.

22 El día 20 de marzo de 1997, en la ciudad de Washington, D. C. esta comisión establecida bajo el artículo 2001 del TLCAN. La primer reunión se efectuó en la ciudad de México, en enero de 1994, en junio de 1995 en Canadá y durante 1996, solamente hubo conferencias telefónicas entre los ministros. Stinson Ortiz, Yvonne, "Reunión de la Comisión de Libre Comercio", *El Financiero*, México, 20 de marzo de 1996, p. 26.

23 En enero pasado se hicieron esfuerzos por parte de México y su socio para

Pese a la importancia de la agenda antes descrita, en el comunicado conjunto de dicha reunión, no se lograron acuerdos cualitativamente importantes por ejemplo en materia de transporte, la Comisión se limitó a destacar “analizamos varios asuntos relativos a los servicios de autotransporte transfronterizo y reiteramos nuestro interés por resolver los puntos pendientes, reconociendo que los funcionarios responsables respecto al transporte están trabajando al respecto”.²⁴

Cabe señalar que México, respecto al servicio de ferrocarril únicamente hizo una reserva a nivel federal respecto a trato nacional, sin establecer ningún calendario de reducción “solo los nacionales mexicanos podrán ser empleados en las tripulaciones de los ferrocarriles en México”, sin embargo, respecto a la inversión en este servicio, se modificó el propio cuarto párrafo del artículo 28 constitucional, que resguardaba esa actividad al Estado, creándose la Ley de ferrocarriles, misma que permite el acceso de la inversión privada nacional y extranjera en donde las empresas más grandes del transporte ferroviario estadounidense como lo es Souther Pacific, que desde que nació Ferrocarriles Nacionales de México (FNM) le ha “asesorado”, Union Pacific, Santa Fe Raylways, Canadian Pacific y la chilena Cruz Blanca competirán por concesiones para prestar el servicio de carga; y CAE Vanguard, Harmon Industries, Ellcon National, Touchstone, Jasper Electric Motors, Portec Interail Cyanamid y Union Switch & Signal, entre otras, exploran en México la posibilidad de prestar servicios de señalización y mantenimiento (los llamados servicios conexos) y proveer equipo a las operadoras.²⁵

3. Turismo²⁶

Como ya lo hemos señalado, no existe un capítulo en el TLCAN, dedicado al turismo, no obstante, éste incluye una serie de puntos

resolverse, al parecer porque el paquete de negociación incluía otros asuntos, como el de escobas de mijo, autobuses de pasajeros, las consultas en relación con las empresas de mensajería, la reglamentación publicada por México, sobre dimensiones de los trailers. *Ibidem*.

²⁴ Ver Rebollo Pinal, Herminio, *El Financiero*, México, 3 de abril 1997, p. 14.

²⁵ Matus, María Fernanda, “Ferrocarriles Nacionales de México, cambio de rieles”. *Revista Expansión*, México, 1995, pp. 45 y 46.

²⁶ El turismo comprende las actividades que realizan las personas durante sus viajes y estancias en lugares distintos al de su entorno habitual, por un periodo consecutivo inferior a un año, con fines de ocio, negocios u otros motivos. El término

en la materia, en el documento, siendo para nosotros uno de los subsectores del sector servicios que ha sido más sensible al proceso regionalizador y globalizador²⁷ en el que estamos implicados, por lo que se publica en el *DOF* el día 31 de diciembre de 1992, la nueva Ley Federal de Turismo, quedando abrogada la Ley de la materia publicada en el *DOF* el 6 de febrero de 1984. Esta nueva ley se conforma de cinco títulos, cincuenta y cinco artículos y cuatro transitorios —se puede observar el efecto desregulador que se ha venido perfilando—.

4. Servicios de construcción

Se requiere aprobación previa de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras para que los inversionistas extranjeros adquieran, directa o indirectamente, más del 49 por ciento de la participación de las empresas que realicen actividades de la construcción; cinco años después de la entrada en vigor del Tratado, los inversionistas extranjeros podrán tener hasta un 100 por ciento de la participación de tales empresas sin que la Comisión apruebe.²⁸

Es necesario empezar a hacer un análisis de si efectivamente Estados Unidos y Canadá abrirán sus mercados a este subsector, servicio intensivo en mano de obra (así como la reparación y el mantenimiento), permitiendo a México desarrollar y consolidar nichos de competitividad en el sector terciario de la economía, como lo llegó a considerar uno de nuestros negociadores.²⁹

“entorno habitual” se utiliza para evitar que se consideren como visitantes a las personas que hacen desplazamientos cotidianos o semanales entre su domicilio y el centro de trabajo o de estudio u otros lugares frecuentados asiduamente. Organización Mundial de Turismo. *Recomendaciones sobre Estadísticas de Turismo (ONU Informes Estadísticos)*, Nueva York, serie M., núm. 83, 1994, p. 5.

27 El GATT si prevé en su clasificación sectorial a los “servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes”, es decir, según la Organización Mundial del Turismo, las actividades turísticas fundamentales: hoteles y restaurantes (incluidos los servicios de suministro de comidas desde el exterior por contrato) “servicios de agencias de viajes y organización de viajes en grupo” y “servicios de guías de turismo”. Sólo 18 países no contrajeron compromisos en este campo, pero para la OMT es evidente la necesidad de que los especialistas en política turística participen en todos los trabajos del GATT.

28 Tratado de Libre Comercio para América del Norte, *op. cit.*, p. 820.

29 Serra Puche, Jaime, *The Free Trade Agreement Between México, Canada and the US Investmen in México and the Free Trade Agreement*, 1993, p. 32.

5. *Servicios a la agricultura*

En la prestación de estos servicios se hicieron dos reservas a nivel federal, una para el trato nacional y la otra para la presencia local, lo anterior porque existen diversos preceptos, tales como el artículo 32 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la Ley de Sanidad Fitopecuaria de los Estados Unidos Mexicanos, título II y su reglamento, capítulo VII, que establecen que se requiere de una concesión otorgada por la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos para aplicar pesticidas, sólo los nacionales mexicanos o las empresas mexicanas podrán tener tal concesión.

En el calendario de reducción se establece que el requisito de concesión será reemplazado por el de permiso y el requisito de ciudadanía será eliminado seis años después de la fecha de entrada en vigor del tratado.

6. *Telecomunicaciones*

Este tema mereció un capítulo especial en el TLCAN, capítulo XIII, en donde conceptualiza a las telecomunicaciones como la transmisión y recepción de señales por cualquier medio electromagnético; al servicio público de telecomunicaciones como cualquier servicio de telecomunicaciones que una parte obligue explícitamente o de hecho, a que se ofrezca al público en general, incluidos el telégrafo, télex y transmisión de datos, y que por lo general conlleva la transmisión en tiempo real de información suministrada por el usuario, entre dos o más puntos, sin cambio "de punto a punto" en la forma ni en el contenido de la información del usuario. De tal suerte que las telecomunicaciones pueden dividirse en categorías. Hay telecomunicaciones básicas (servicio telefónico), y *networks* públicos, por lo tanto hay enlaces de servicios de telecomunicaciones de valor agregado, servicios de datos sobre la línea, transmisión de la voz, transmisión electrónica y comunicación *networks* entre corporaciones.

Los servicios de valor agregado o servicios mejorados también los conceptualiza el TLCAN, diciendo que son los servicios de telecomunicaciones que emplean sistemas de procesamiento computarizado que: actúan sobre el formato, contenido, código, protocolo o aspectos similares de la información transmitida del usuario; que proporciona al cliente información adicional, diferente o reestructurada; o implican la interacción del usuario con información almacenada.

Las redes públicas de telecomunicaciones y los servidores públicos de telecomunicaciones estarán disponibles, en términos y condiciones razonables y no discriminatorias, para empresas e individuos que las utilicen en relación de sus actividades, incluyendo la prestación de servicios mejorados o de valor agregado y las comunicaciones internas de las corporaciones. La operación y funcionamiento de las redes no forman parte de este Tratado.

Los tres países podrán: arrendar líneas privadas, conectar equipo terminal u otro equipo a las redes públicas, interconectar circuitos privados a las redes públicas, realizar funciones de conmutación, señalización y procesamiento y emplear protocolos de operación a elección del usuario. Sólo se impondrán condiciones al acceso y uso, si son necesarios para salvaguardar la responsabilidad del servicio público de los operadores de la red o para proteger la integridad técnica de las redes públicas.

En este subsector es importante considerar lo que empresarios estadounidenses opinan: "Es un mercado fantástico el cual presenta una expectativa de crecimiento del 50 por ciento al año en los años siguientes. NAFTA no está abierto a la inversión extranjera de servicios de telecomunicación básica, sin embargo, esto no quiere decir que las compañías americanas no estén interesadas en cualquier forma".³⁰

También consideran que este subsector no obstante que hasta ahora ha sido privatizado, el acceso a la inversión de firmas mexicanas permanece limitada. En adición, el acceso de Estados Unidos al envío de voz mexicana, mercado de fax y procesamientos de datos y muchas otras partes esenciales que proveen muchos otros servicios han sido severamente limitados.³¹

IV. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Es de vital importancia considerar este tema, por las controversias que ya se han venido suscitando en este sector, aunque no de manera formal, pero que se han presentado en tan poco tiempo de la aplicación del TLCAN y a las que brevemente nos hemos referido.

³⁰ Powers, Linda, "Nafta and the regulations of financial and other services", *United States-México Law Journal*, volumen 1, symposium 1993, number 1, University of New México School of Law Albuquerque, New México.

³¹ "A guide to the Trade agreement what it means for US bussines", *op. cit.*, p. 10.

Como sabemos el propio TLCAN, establece en su capítulo XX, mecanismos de solución de controversias, sin embargo, hablar de este tema en el sector servicios, merece atención especial, ya que no todas las controversias que se susciten en este sector tienen que resolverse conforme al capítulo XX del TLCAN, porque en él se hacen excepciones.

Además, cabe recordar que para el estudio del sector servicios en el TLCAN, es indispensable conocer los capítulos XI, XII, XIII, XIV y XVI, por lo que para el XII y XIII, en relación a la solución de controversias observaríamos exclusivamente el capítulo XX, pero para los capítulos XI, XIV y XVI, además de observar el capítulo XX, se establecen ciertos mecanismos "autónomos", o "previos" de solución de controversias y posteriormente poder instar el capítulo XX.³²

Por lo anterior analizaremos el capítulo XX, las excepciones que hace y posteriormente el análisis de los capítulos que establecen el mecanismo de solución de controversias.

El capítulo XX, es un mecanismo de solución de controversias entre Estados, que establece la creación de dos instituciones: Comisión de Libre Comercio y el Secretariado.³³

La Comisión de Libre Comercio, está integrada por representantes de cada parte a nivel de Secretaría de Estado, o a quienes estos designen y sus funciones son: supervisar su puesta en práctica, vigilar su desarrollo, resolver las controversias que pudiesen surgir respecto a su interpretación o aplicación, supervisar la labor de todos los comités y grupos de trabajo establecidos conforme al Tratado, incluidos en el anexo 2001.2; y conocer de cualquier otro asunto que pudiese afectar el funcionamiento del Tratado.

La Comisión tiene facultades para establecer y delegar responsabilidades en Comités *ad-hoc*, o permanentes, grupos de trabajo y expertos; solicitar la asesoría de personas o de grupos sin vinculación

³² "Leyendo progresivamente el capitulado del TLCAN, pueden detectarse muchas otras disposiciones relativas a la solución de controversias a lo largo de las seis de las ocho partes en que está dividido: sólo la primera parte, referida a aspectos generales, y la última carecen de artículos que versen sobre solución de controversias [...]. Los distintos tipos de controversias se presentan clasificándolos en tres categorías distintas, en razón de las partes que intervienen en ellas: controversias entre particulares: controversias entre un gobierno y un particular que puede ser nacional u extranjero y controversias entre dos o más Estados". Adame Goddard, Jorge, "Las controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte", *Revista de Derecho Privado*, año 6, núm. 18, septiembre-diciembre, México, 1995, pp. 3 y 4.

³³ Alonso García, Ricardo, *Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea. Solución de diferencias e interpretación uniforme*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 9 y ss.

gubernamental y adoptar cualquier otra acción para el ejercicio de sus funciones, según lo acuerden las partes, ésta debe establecer sus propias reglas de procedimiento y reunirse cuando menos una vez al año, integra el secretariado y lo supervisa.

El Secretariado deber ser establecido por la Comisión y se integra por secciones nacionales, su función es proporcionar asistencia a la Comisión y brindar apoyo administrativo a los paneles y comités institucionales conforme el capítulo XX, entre otras.

El sistema de solución de controversias previsto en este capítulo, tiene por objeto prevenir y solucionar las controversias que surjan entre las Partes con respecto a la interpretación o aplicación del TLCAN, adicionalmente, conforme lo establece el artículo 2004, este procedimiento es aplicable cuando una Parte considera que una medida vigente o en proyecto de otra Parte le causa anulación o menoscabo, por lo que una Parte tiene la posibilidad de reclamar a otra la aplicación de una medida que no necesariamente contraviene lo dispuesto en el Tratado, pero que merma los beneficios que razonablemente podía esperar del mismo.

Los conceptos de anulación y menoscabo, se encuentran establecidos en el artículo XXIII del GATT-OMC:

En caso de que una Parte contratante considere que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido a consecuencia de:

- que la otra parte Contratante no cumpla con las obligaciones contraídas en virtud del presente Acuerdo o
- que una Parte Contratante aplique una medida contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo o
- que exista otra situación
- dicha parte contratante podrá con objeto de llegar a un arreglo satisfactorio de la cuestión, formular representaciones o proposiciones por escrito a la otra u otras partes contratantes que, a su juicio, estime interesadas en ella. Toda Parte Contratante cuya intervención se solicite de este modo examinará con comprensión las representaciones o proposiciones que le hayan sido formuladas.

Como se puede observar, estos preceptos fueron concebidos originalmente para regular los objetos físicos transportables y por ello existen excepciones a este artículo, en donde una Parte no puede alegar la aplicación de este artículo, entre otros, uno que nos ocupa como el de servicios financieros.

Ahora bien, incursionamos primero al capítulo XI, donde se presentan las controversias entre Estados y particulares,³⁴ en él se establece una sección para la solución de controversias en materia de inversión entre una Parte y el inversionista de otra Parte (por medio de una Reclamación del inversionista de una Parte por cuenta propia artículo 1116 y de una Parte en representación de una empresa 1117) —una de las siete formas de que se de una controversia entre un gobierno y un particular, en el TLCAN—³⁵ que asegura, tanto trato igual entre inversionistas de las partes de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional, como debido proceso ante un Tribunal imparcial, se dejan a salvo los derechos y obligaciones de las Partes establecidos en el capítulo XX, artículo 1115.

Para instar estos procedimientos, las partes contendientes intentarían primero dirimir la controversia por consulta o negociación.

Con este mecanismo, se observa que el inversionista afectado puede optar entre recurrir a los tribunales del Estado receptor o acceder al arbitraje internacional,³⁶ esto se ratifica con lo que establece el artículo 1121(1a) y (2b), que se refiere a las Condiciones Previas al Sometimiento de una Reclamación al Procedimiento Arbitral, y entre ellas, se requiere que:

la empresa renuncie a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un Tribunal Administrativo o Judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias [...] Sólo si tanto el inversionista como la empresa, renuncian a su derecho de iniciar.

Con el objeto de tramitar el arbitraje internacional, el artículo 1120, considera la posibilidad de acceder a:

- El Convenio del CIADI (Convenio Sobre el Arreglo de Diferencias relativas a inversiones Entre Estados y nacionales de otros Estados, siempre que ante la Parte contendiente, como la parte

³⁴ *Op. cit.*, pp. 46-52.

³⁵ Controversias por Resoluciones aduaneras, por adopción de medidas de emergencia, Controversias por compras del sector público, controversias en materia de inmigración, por competencia desleal *dumping*, por omisiones del gobierno en el cumplimiento de sus leyes ambientales, *op. cit.*, pp. 15-31.

³⁶ Siqueiros, José Luis, "Métodos de solución de controversias en los esquemas interamericanos de integración y libre comercio", *Revista Jurídica*, núm. 25, México, 1995-II, p. 340.

- del inversionista, sean Estados Parte del mismo (Suscrito en Washington, D. C. el 18 de marzo de 1965, Banco Mundial).
- Las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI (Cuando la parte contendiente o la Parte del Inversionista, pero no ambas, sea Parte del Convenio del CIADI, o
 - Las Reglas de Arbitraje del CNUDMI (Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional).

En cuanto al capítulo XIV, tuvo una gran importancia el FTA, que aunque trata este subsector muy limitadamente, se lograron analizar diversos problemas respecto a la solución de controversias.

Por lo anterior y en virtud de que este subsector se liberalizaba más en el TLCAN, se consideró necesario establecer ciertos mecanismos de solución de controversias, esto sin perjuicio de lo establecido en el capítulo XX. En principio, era necesario establecer un Comité que vigile la implantación de este capítulo y su completa elaboración, considerar cualquier procedimiento relativo a servicios financieros sometido por alguna parte; participar en el procedimiento de solución de controversias conforme lo señala el artículo 1415 (controversias sobre inversión en materia de servicios financieros); y examinar los procedimientos técnicos, incluyendo la interpretación del propio capítulo.

Además, de la lista general de panelistas a la que alude el artículo 2010, deberá elaborarse otra de expertos en materia financiera, de más de 15 personas que sean elegidas por consenso y por un periodo de tres años (artículo 1414).

Existe un tratamiento especial en controversias sobre inversión en materia de servicios financieros conforme al artículo 1116 o 1117, al amparo de la sección B, del capítulo XI, en donde se somete al arbitraje la controversia y a los que ya nos hemos referido, pero si la parte demandada invoca el artículo 1410 (excepciones), a solicitud de ella misma el Tribunal remitirá por escrito el asunto al Comité para que tome una decisión de cual será el procedimiento aplicable, si este no resuelve en un plazo de sesenta días, cualquiera de las partes podrá solicitar que se establezca un panel arbitral conforme el artículo 2008 (solicitud de una panel arbitral). El panel estará constituido conforme el artículo 1414, "Solución de controversias" Además de lo señalado en el artículo 2017, "informe final", el panel enviará al Comité y al tribunal arbitral su determinación definitiva, que será obligatoria para el Tribunal.

Cuando no se haya solicitado la instalación de un panel, en el plazo de sesenta días, el Tribunal dentro de un plazo de diez días, después de dicho vencimiento, podrá proceder a resolver el caso.

Respecto a las controversias que se pueden suscitar por la entrada temporal de personas de negocios capítulo XVI, existen dos instancias respecto a una negativa de autorización de entrada temporal y respecto a casos particulares comprendidos en el artículo 1602(1), respecto a las demás controversias que se susciten en relación a este capítulo se aplicará directamente el capítulo XX, conforme lo establece el artículo 1607.

En cuanto a las dos instancias que se deben instar en las controversias que ya especificamos tenemos: la primera, agotar los recursos administrativos a su alcance respecto a ese asunto en particular (se consideran agotados cuando la autoridad competente no haya emitido una resolución definitiva en un año, contado a partir del inicio del procedimiento, y la resolución no se haya demorado por causas imputables a la persona de negocios afectada); la segunda, consiste en iniciar el procedimiento conforme el artículo 2007, “la Comisión —buenos oficios—, conciliación y mediación”, cuando el asunto se refiera a una práctica recurrente y la persona de negocios afectada haya agotado los recursos administrativos a su alcance respecto a ese asunto en particular.

Jorge WITKER
Laura HERNÁNDEZ