

Panel Laboral del Artículo 31.6 del T-MEC

*Juan Manuel Saldaña Pérez**

1. Introducción, 2. Obligaciones Laborales, 3. Panel Laboral, 4. Nombramiento de presidente y panelistas, 5. Procedimiento y Resolución, Conclusiones.

1. Introducción.

En el Capítulo 23 del Tratado Estados Unidos, México y Canadá (T-MEC o Tratado) se pactaron las obligaciones laborales de los tres países, el cual tiene su antecedente en el Capítulo 19 del Tratado Integral y Progresista de la Asociación Transpacífico (TIPAT) suscrito por México en el mes de marzo del 2018,¹ donde México se comprometió a reformar las leyes secundarias que permitan el cumplimiento de obligaciones pactadas en el Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adoptar derechos fundamentales reconocidos por este organismo y fortalecer la justicia laboral en nuestro país.

Con el objeto de cumplir con los compromisos adquiridos en el Comité de Libertad Sindical de la OIT y en la negociación del TIPAT, en febrero de 2017 se reformaron los artículos 107 y 123 de la Constitución, sentando las bases para modernizar el sistema de justicia laboral y transformar el régimen sindical y de negociación colectiva en México.

En septiembre de 2018, el senado aprobó el Convenio 98 de la OIT, relativo al derecho de sindicación y negociación colectiva, adoptado por México desde 1949.

El 30 de noviembre del mismo año, Estados Unidos, México y Canadá (las Partes) suscribieron el Protocolo por el que se sustituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) por el Tratado México Estados Unidos y Canadá (T-MEC).²

Un año después, por exigencia de Estados Unidos se modificó el texto del T-MEC con el propósito de incluir diversos cambios que el presidente Trump negoció con el partido demócrata, y así asegurar su aprobación por el Congreso norteamericano dominado por dicho partido.

Por lo anterior, el 10 de diciembre del 2019 los tres países firmaron el Protocolo Modificadorio del T-MEC (Protocolo Modificadorio) donde se incluyeron importantes cambios y adiciones al texto original del 2018.

Entre las modificaciones más importantes destacan las relativas a obligaciones laborales (Capítulo 23) y solución de controversias en materia

* Profesor de Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la UNAM. Miembro de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A.C.

¹ Decreto Promulgatorio del TIPAT, D.O.F. 29.11.2018.

² Decreto que aprueba el Protocolo por el que se sustituye el TLCAN por el T-MEC del 30 de noviembre del 2018, Senado de la República, D.O.F. 2907.2019.

laboral (Capítulo 31), exigidas por el partido demócrata para la aprobación del nuevo tratado comercial por el Congreso.

Tan solo tres días después, el 13 de diciembre del 2019, el Congreso norteamericano aprobó el T-MEC y el Protocolo Modificadorio y, para darles validez en Estados Unidos e incorporarlos a su sistema jurídico, expidió una ley nacional denominada *United States-Mexico-Canada Agreement Implementation Act* HR5430 (*USMCA Implementation Act*)³

Posteriormente, el 29 de junio de 2020 se publicó en el Diario Oficial del Federación (DOF) de México, el Decreto Promulgatorio del Protocolo por el que se Sustituye el TLCAN por el T-MEC del 30 de noviembre del 2018 y el Protocolo Modificadorio del T-MEC del 10 de diciembre del 2019. En virtud de que ambos instrumentos integran el T-MEC, en lo sucesivo me referiré a uno u otro, según proceda.

En seguida se exponen las obligaciones que en materia laboral asumieron los tres países y posteriormente se analiza el Arbitraje Laboral del Artículo 31.6 del T-MEC, relativo a la solución de controversias por incumplimiento de las obligaciones laborales previstas en el Capítulo 23, tanto del T-MEC original como del Protocolo Modificadorio.

2. Obligaciones Laborales.

Las Partes reconocen que es inapropiado fomentar el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones laborales otorgadas en sus leyes nacionales, por lo que se plantean como objetivo común, únicamente comerciar mercancías en cumpliendo con las obligaciones laborales pactadas en el Capítulo 23 del T-MEC.⁴

En consecuencia, las Partes se obligan a adoptar, mantener (no derogar) y aplicar sus leyes, regulaciones y prácticas, sobre los siguientes derechos laborales individuales y colectivos:

- a) libertad de asociación,
- b) reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva;
- c) eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- d) abolición efectiva del trabajo infantil,
- e) eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, y
- f) condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo, y seguridad y salud en el trabajo.

³ One Hundred Sixteenth Congress of united States of America. An Act to implement the Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada attached as an Annex to the Protocol Replacing the North American Free Trade Agreement, 18/4/2020, H.R. 5430 (Enrolled Bill).

⁴ Artículos 23.2 y 23.4 del T-MEC.

Por lo anterior, los tres países asumieron el compromiso de atender casos de violencia o amenazas de violencia contra trabajadores que afecte el comercio o la inversión entre las Partes y que estén directamente relacionados con los referidos derechos laborales, así como a prohibir la importación de mercancías producidas con cualquier tipo de trabajo forzoso u obligatorio, incluido el infantil e implementar un mecanismo de cooperación trinacional para identificar mercancías producidas por trabajo forzoso.

De igual manera, acordaron brindar protección en sus leyes laborales a los trabajadores migrantes, sean o no nacionales de la Parte, así como a implementar políticas para eliminar la discriminación salarial, de género, por orientación sexual, por embarazo y acoso sexual, y para el nacimiento o adopción de infantes y el cuidado de los miembros de la familia.⁵

También asumieron el compromiso de asegurar a toda persona que tenga interés jurídico, libre acceso a tribunales laborales independientes, que garanticen un debido proceso, justo, transparente, Imparcial, equitativo y expedito.

Con el propósito de vigilar y promover el cumplimiento de las referidas obligaciones laborales pactadas en el T-MEC y previstas en sus leyes, las Partes asumieron el compromiso de adoptar entre otras medidas, las siguientes:

- 1) nombrar y capacitar inspectores
- 2) vigilar el cumplimiento e investigar violaciones a leyes laborales, incluyendo visitas sorpresa “*in situ*”.
- 3) atender solicitudes de investigación.
- 4) buscar garantías de cumplimiento voluntario;
- 5) requerir informes y llevar registros;
- 6) fomentar el establecimiento de comisiones obrero-patronales para abordar la regulación laboral en el centro de trabajo;
- 7) fomentar la mediación, conciliación y arbitraje;
- 8) establecer procedimientos de sanciones o remedios por violaciones a leyes laborales; y
- 9) implementar remedios y sanciones por incumplimiento a leyes laborales, tales como multas y reinstalación.

2. Panel Laboral

⁵ Artículos 23.3, 23.6, y 23.4, 23.12.c) y 23.9 T-MEC.

El T-MEC establece tres procedimientos arbitrales estado estado para la solución de controversias relativas al incumplimiento por una Parte de alguna de las obligaciones laborales previstas en el Capítulo 23:

- I. Panel Laboral del Artículo 31.6. Tiene competencia para resolver controversias relativas al incumplimiento de una Parte de cualquier obligación laboral prevista en el Capítulo 23. Cualquiera de los tres países, México, Canadá o Estados Unidos pueden solicitar un Panel Laboral.
- II. Mecanismo Laboral de Respuesta Rápida en Instalaciones específicas México Estados Unidos del Anexo 31 A. Este procedimiento arbitral solo aplica a controversias entre México y Estados Unidos, solamente por incumplimiento en la obligación laboral de libertad de asociación y negociación colectiva de trabajadores (Denegación de Derechos) en una Instalación Cubierta.
- I. Mecanismo Laboral de Respuesta Rápida en Instalaciones específicas México Canadá del Anexo 31 B. Este procedimiento arbitral solo aplica a controversias entre México y Canadá por la existencia de Denegación de Derechos de trabajadores en una Instalación Cubierta.

Es importante destacar que los dos Mecanismos Laborales de Respuesta Rápida en Instalaciones Específicas se establecen para dirimir controversias sobre Denegación de Derechos entre México y Estados Unidos o entre México y Canadá. En el T-MEC no se creó un Mecanismo de esta naturaleza para solucionar controversias entre Estados Unidos y Canadá.

Por la amplitud del tema relativo a la solución de controversias en materia laboral, en este trabajo solo se analiza el mecanismo de solución de diferencias previsto en el Artículo 31.6 del T-MEC, el cual establece un procedimiento arbitral (Panel) de amplia competencia para conocer todas las controversias relativas a la interpretación y aplicación del tratado, incluyendo cualquier diferencia relacionada con el incumplimiento de las obligaciones laborales del Capítulo 23, excepto en los supuestos en que expresamente se indique otra cosa.

Cualquiera de los tres países Parte (Estados Unidos, Canadá y México) tienen acceso al Panel del Capítulo 31 del TMEC, el cual adoptó las disposiciones del Panel del Capítulo XX del TLCAN, con al menos una modificación de gran relevancia relativa a la designación del presidente del Panel, a la que haremos referencia más adelante.

Antes de solicitar el establecimiento de un Panel Laboral del Artículo 31 del T-MEC (Panel Laboral), la Parte solicitante debe realizar todos los esfuerzos para llegar a un arreglo mutuamente satisfactorio, dentro de 30 días de la

recepción de la solicitud, mediante un “Diálogo Cooperativo Laboral” o “Consultas Laborales”, en persona o por cualquier medio tecnológico.⁶

Una Parte puede solicitar a otra Parte, en cualquier momento, tanto un Diálogo Cooperativo Laboral sobre un asunto relativo al Capítulo 23 como Consultas Laborales confidenciales, con la participación de expertos independientes. Además, cualquiera de las Partes consultantes puede solicitar que los ministros competentes de las Partes involucradas o las personas que ellos designen busquen una solución al conflicto, pudiendo recurrir a buenos oficios, mediación y conciliación.

Una tercera Parte que justifique tener interés sustancial en el asunto puede participar en las Consultas Laborales. Si las Partes no resuelven el asunto a los 30 días de la recepción de la solicitud de consultas, una de ellas puede solicitar el establecimiento de un Panel Laboral del Artículo 31.6.⁷

3. Nombramiento de presidente y panelistas

Conforme a lo previsto en el Capítulo 31 del T-MEC, antes Capítulo XX del TLCAN, cada una de las Partes nombrara 10 personas para integrar una lista de 30 individuos para desempeñarse como panelistas. En un Panel podrán participar 2 o 3 Partes y, salvo acuerdo en contrario, se integrará por 5 panelistas (árbitros) nombrados mediante un método de selección cruzada, en el que la Parte demandante nombra a los panelistas de la Parte demandada y viceversa.

Tanto el Artículo 2011 del TLCAN como el Artículo 31.9 del T-MEC firmado en el 2018 (T-MEC original), establecían que las Partes acordarían la selección del presidente del Panel y de no haber un acuerdo, una de las Partes electa por sorteo designaría como presidente a un individuo de la lista, que no fuera nacional de la Parte que designa.

De igual manera indicaban que si una Parte no nombraba a los panelistas de la otra Parte, estos se seleccionarían por sorteo de la lista, siempre que fuesen ciudadanos de la otra Parte contendiente.

Artículo 1120 del TLCAN (Artículo 39 del T-MEC original.)

Selección del Panel

1. Cuando haya dos Partes contendientes, se aplicarán los siguientes procedimientos:

- (a) El panel se integrará por cinco miembros.
- (b) Las Partes contendientes procurarán acordar la designación del presidente del panel en los 15 días siguientes a la entrega de la solicitud para la integración del mismo. En caso de que las Partes contendientes no

⁶ Artículos 23.17.2) del T-MEC.

⁷ Artículos 23.12.1, 23.17.1, 23.17.3 , 23.17.8 y 31.6 del T-MEC

logren llegar a un acuerdo dentro de este periodo, una de ellas, electa por sorteo, designará como presidente, en el plazo de 5 días, a un individuo que no sea ciudadano de la Parte que designa.

(c) Dentro de los 15 días siguientes a la elección del presidente, cada Parte contendiente seleccionará dos panelistas que sean ciudadanos de la otra Parte contendiente.

(d) Si una Parte contendiente no selecciona a sus panelistas dentro de ese lapso, éstos se seleccionarán por sorteo de entre los miembros de la lista que sean ciudadanos de la otra Parte contendiente.

2. Cuando haya más de dos Partes contendientes, se aplicarán los siguientes procedimientos:

(a) El panel se integrará con cinco miembros ...

Sin embargo, el artículo 1120 del TLCAN contenía lo que los expertos denominan una “cláusula arbitral patológica” (laguna legal) que impidió la integración de un Panel ante la negativa de la Parte demandada de participar en el sorteo de selección para nombrar presidente o cuando habiendo sido electa por sorteo para nombrar presidente, la Parte demandada simplemente no lo nombraba.

Lo anterior, en la práctica obstaculizó la constitución del tribunal arbitral (Panel) y la solución de la controversia planteada, lo que seguramente contribuyó a que en los 26 años de vigencia del TLCAN solamente se presentaran cuatro solicitudes de Panel del Capítulo XX. Canadá solicitó un Panel y México tres.

De las tres solicitudes de Panel del Capítulo XX formuladas por el gobierno mexicano, solo en los casos de escobas de mijo y autotransporte de carga se constituyó el tribunal arbitral y se resolvió la controversia en favor de México. Desafortunadamente en la disputa con Estados Unidos sobre el azúcar el Panel nunca se constituyó, lo que desencadenó largos, complicados y costosos litigios en perjuicio de México.

En el TLCAN (1994) las Partes acordaron que cuando México fuera un productor superavitario neto de azúcar por dos años consecutivos, podría exportar sus excedentes de producción a Estados Unidos. Al poco tiempo México alcanzó el superávit, sin embargo, Estados Unidos se negó a permitir la entrada de los excedentes de azúcar mexicana a su territorio.

Por lo anterior, México solicitó un Panel del Capítulo XX del TLCAN, sin embargo, este nunca se constituyó debido a la negativa de Estados Unidos para nombrar al presidente del Panel (tribunal arbitral), al tiempo que se incrementaron sustancialmente las exportaciones de fructosa estadounidense a México, en condiciones de *dumping*.⁸ En breve tiempo la fructosa

⁸ La práctica desleal de dumping consiste en la importación de mercancías (fructosa) a un precio inferior a su valor normal (precio de venta en país Estados Unidos) que cause daño, amenaza de daño a la rama de producción nacional de mercancía idéntica o similar (azúcar) en el país importador (México). Artículo 1 del Acuerdo sobre la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Acuerdo Antidumping).

norteamericana desplazó al azúcar mexicana en la producción de refrescos, principalmente, sumiendo en una crisis financiera a la industria azucarera de México.

Posteriormente, como resultado de la investigación antidumping solicitada por los productores mexicanos de azúcar, el 23 de enero de 1998, la Secretaría de Economía impuso cuotas compensatorias definitivas a las importaciones de fructosa estadounidense, mismas que fueron impugnadas simultáneamente ante dos vías arbitrales:

- a) Exportadores e importadores solicitaron un Panel del Capítulo XIX, y
- b) El gobierno estadounidense impugnó la resolución ante definitivas ante del Órgano de Solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OSD de la OMC).

A principios del año 2000, el OSD de la OMC resolvió que en la investigación *antidumping* no se demostró la existencia de amenaza de daño a la producción nacional de azúcar a causa de las importaciones de fructosa norteamericana, por lo que México tuvo que eliminar las referidas cuotas compensatorias.⁹

Posteriormente, en el mes de enero del 2002, México adoptó dos medidas con el propósito de impedir la importación de fructosa: impuso un impuesto a la importación y al consumo de toda bebida endulzada con un edulcorante distinto al azúcar (fructosa) y estableció permisos para la importación de fructosa. Estas medidas fueron impugnadas por el gobierno estadounidense ante el OSD de la OMC, quién a principios del 2006 resolvió que dichas medidas eran violatorias del principio de trato nacional.¹⁰

Finalmente, en septiembre del 2004, la inversionista norteamericana Cargill Inc. solicitó arbitraje del Mecanismo Complementario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) previsto en el Artículo 1120 del TLCAN, por considerar que las medidas adoptadas por México para impedir la importación de fructosa (cuota antidumping, impuesto y permiso de importación) violaron los siguientes compromisos en materia de inversión: trato nacional, trato de la nación más favorecida, nivel mínimo de trato, requisitos de desempeño y expropiación, argumentando que estas violaciones causaron daño en sus inversiones y le impidieron la obtención de ganancias derivadas de estas.¹¹

En septiembre de 2009, el Tribunal arbitral CIADI resolvió la controversia en sentido desfavorable a México, al determinar que las referidas medidas

⁹ Resolución del Panel México-USA-98-1904-01. Revisión de la resolución final antidumping sobre fructosa de Estados Unidos, DOF.10.10.2001.

¹⁰ Ver: Informe del Órgano de Apelación del caso México-Medidas Fiscales sobre los refrescos y otras bebidas, WT/DS308/AB/R, 06.03.2006.

¹¹ Cargill, Inc. C. México (Escrito de duplicata), CIADI, Mecanismo complementario, Washington, D.C., Caso No. ARB (AF)/05/20.08.2020.

violaron diversas obligaciones sobre inversiones pactadas en el TLCAN, condenando a México a pagar de inmediato a Cargill Inc. la cantidad de US\$77,329.240, más intereses y costas, entre otros.¹²

El desafortunado desenlace de la controversia sobre el azúcar provocó complejos, costosos e infructuosos procedimientos arbitrales, resultado de lo que los expertos llaman una “cláusula arbitral patológica”, útil para quienes aprenden de las amargas experiencias.¹³

Un año después de la firma del T-MEC original, en el Protocolo Modificadorio del T-MEC (Protocolo Modificadorio) firmado por las tres Partes el 10 de diciembre del 2019, se incorporó una reforma al artículo 31.9 (2011 del TLCAN), seguramente con el propósito de eliminar la referida laguna legal, en los siguientes términos:

- Artículo 31.9 del Protocolo Modificadorio
Composición del Panel
- “1. Si son dos las Partes contendientes, los siguientes procedimientos aplicarán:
- (a) El panel se integrará por cinco miembros, a menos que las Partes contendientes acuerden un panel compuesto por tres miembros.
 - (b) Las Partes contendientes procurarán decidir la designación del presidente del panel dentro de los 15 días a partir de la entrega de la solicitud para el establecimiento del panel. Si las Partes contendientes no logran decidir la designación del presidente dentro de este plazo, la Parte contendiente, electa por sorteo, elegirá como presidente, dentro de un plazo de cinco días, a un individuo que no sea nacional de esa Parte.
 - (c) Si la Parte demandada se niega a participar o no se presenta para el procedimiento de selección por sorteo, la Parte reclamante seleccionará a un individuo de la lista que no sea nacional de esa Parte. La Parte reclamante notificará a la Parte demandada de la selección a más tardar el día hábil siguiente.
 - (d) Dentro de los 15 días a partir de la selección del presidente, cada Parte contendiente seleccionará dos

¹² Cargill, Inc. C. México (Laldo), CIADI, Mecanismo complementario, Washington, D.C., Caso No. ARB (AF)/05/2. Fecha de envío a las Partes: 18. 09.2009.

¹³ El caso Ecomet Wireless Ltd v. Fist Bank of Nigeria, relativo a la concesión del mercado de telefonía celular, es otro ejemplo de una cláusula arbitral patológica incluida en un acuerdo de arbitraje, en la cual se estipulo: “El número de árbitros será tres y serán designados por el Juez Presidente de la Corte Federal de Nigeria a solicitud de cualquiera de las Partes. El Juez presidente deberá especificar quien de los tres árbitros fungirá como Presidente del Tribunal Arbitral”. Sugida la controversia la demandante acudió al Chief Judge nigeriano para la designación del Tribunal Arbitral y desafortunadamente este se negó a actuar. El tribunal arbitral nunca se constituyó. Si las partes habían acordado que sería la judicatura nigeriana quien designara al tribunal tenían que atenerse a ello. Ver: GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, *El Arbitraje y la Judicatura*, Ed. Porrúa, México, 2007, Pags. 19 y 20.

panelistas que sean nacionales de la otra Parte contendiente.

(e) Si una Parte contendiente no selecciona a sus panelistas dentro de ese plazo, esos panelistas deberán seleccionarse por sorteo entre los miembros de la lista que sean nacionales de la otra Parte contendiente.

(f) Si la Parte demandada se niega a participar o no se presenta para el procedimiento de selección por sorteo, la Parte reclamante seleccionará a dos individuos de la lista que sean nacionales de la Parte reclamante. La Parte reclamante notificará a la Parte demandada las selecciones a más tardar el día hábil siguiente.

2. Si son más de dos Partes contendientes, los siguientes procedimientos aplicarán...¹⁴

Conforme a esta disposición, cuando las Partes no se pongan de acuerdo sobre el nombramiento del presidente del panel, la Parte electa por sorteo designará como presidente a un individuo que no sea nacional de la Parte que designa. Si la Parte demandada electa por sorteo se niega a participar o no se presenta para el procedimiento de selección por sorteo, la Parte reclamante seleccionará a un individuo de la lista que no sea nacional de esa Parte.

De lo anterior surge la siguiente pregunta. Quien designa o como se nombra al presidente del panel cuando la Parte demandada no se niega a participar en el sorteo, tan es así que como resultado de su participación es electa por sorteo para nombrar al presidente o panelistas, pero simplemente no los nombra.

Con base en una lectura e interpretación de buena fe, conforme al objeto y fin del tratado, podríamos concluir: si la Parte demandada electa por sorteo se niega a nombrar presidente o panelistas, la Parte reclamante los nombrará.

Sin embargo, no es claro que el artículo 31.9 faculte a la Parte reclamante para nombrar presidente y panelistas ante la negativa de la Parte demandada electa por sorteo para efectuar su nombramiento. La experiencia nos dice que en cualquier litigio arbitral o judicial, nacional o internacional, comercial o civil o de cualquier otra naturaleza, la Parte demandada, cualquiera que sea, buscará una interpretación que favorezca a sus intereses y se aprovechará de cualquier ambigüedad o laguna legal.

4.1 Procedimiento y Resolución

Una Parte podrá solicitar el establecimiento de un Panel Laboral cuando otra Parte viola o incumple su obligación de adoptar o aplicar una ley, práctica, regulación o disposición sobre cualquiera de los derechos laborales a que se

¹⁴ Protocolo Modificatorio del T-MEC del 10.12.2019, D.O.F. 26.06.2020.

refiere el Artículo 23.3 del T-MEC (Obligación Laboral) siempre que ese incumplimiento afecte el comercio o la inversión.

Nota 4 del Artículo 23.3 del Protocolo Modificatorio

Una violación de una obligación conforme a los párrafos 1 o 2 debe ser de una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes. Para mayor certeza, un incumplimiento es “de una manera que afecte el comercio o la inversión entre las partes” si involucra: (i) a una persona o una industria que produce una mercancía o suministra un servicio comerciado entre las Partes o tiene una inversión en el territorio de la Parte que ha incumplido con esta obligación; o (ii) a una persona o una industria que produce una mercancía o suministra un servicio que compite en el territorio de una Parte con una mercancía o un servicio de otra Parte.¹⁵

En otras palabras, cualquiera de los tres países Parte (Méjico Estados Unidos y Canadá) puede solicitar un Panel Laboral cuando otra Parte incumple una Obligación Laboral, siempre que esta afecte el comercio o la inversión entre las Partes.

Se considera que el incumplimiento de una Parte a una Obligación Laboral afecta el comercio, cuando involucra:

- a) a una persona o industria que produce una mercancía comerciada entre las Partes (Méjico, Estados Unidos y Canadá).
- b) a una persona o industria que suministra un servicio comerciado entre las Partes.
- c) a una persona o una industria que produce una mercancía que compite en el territorio una Parte con una mercancía o un servicio de otra Parte;
- d) a una persona o una industria que suministra un servicio que compite en el territorio de una Parte con un servicio de otra Parte.

De igual manera, la violación de una Parte a una Obligación Laboral, afecta la inversión entre las Partes, cuando involucra:

- a) a una persona o una industria que tiene una inversión en el territorio de la Parte (Méjico) que ha incumplido con esta obligación.

Cualquier mercancía producida o comercializada en la zona de libre comercio del T-MEC debe cumplir las obligaciones laborales acordadas por las Partes, esto es: libertad de asociación y negociación colectiva; trabajo forzoso u obligatorio; trabajo infantil, no discriminación y condiciones de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo, y seguridad y salud en el trabajo, o cualquiera otra prevista en el Capítulo 23.

Por otro lado, la Nota 5 del Artículo 23.3 del Protocolo Modificatorio traslada la carga de la prueba sobre un hecho negativo a la Parte demandada,

¹⁵ Nota 4 del Artículo 23.3 del Protocolo Modificatorio del T-MEC del 10.12.2019, D.O.F. 26.06.2020.

pues con la simple solicitud de instalación de un Panel Laboral, este asumirá que existe una violación o incumplimiento a una Obligación Laboral de la Parte demandada que afecta el comercio o la inversión entre las Partes, y la Parte demandada tendrá que demostrar que no es así.

Nota 5 del Protocolo Modificadorio

Para efectos de la solución de controversias, un panel asumirá que un incumplimiento es de una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes, a menos que la Parte demandada demuestre lo contrario. (Paréntesis añadido)¹⁶

Es importante destacar que el T-MEC original (Nota 4) decía que la Parte reclamante, además de probar que la Parte demandada incumplió o violó una Obligación Laboral debía demostrar que el incumplimiento fue de tal manera que afecta el comercio o la inversión entre las Partes.

Nota 4 del T-MEC original

Para establecer una violación de una obligación conforme a los párrafos 1 o 2, una Parte debe demostrar que la otra Parte no ha cumplido con adoptar o mantener una ley, regulación, o práctica de una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes. Para mayor certeza, un incumplimiento es “de una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes” si involucra ...¹⁷

Es cierto que el Panel Laboral del Artículo 31.6 del T-MEC relativo a la solución de controversias sobre el incumplimiento de las Obligaciones Laborales previstas en el Artículo 23.1 del propio tratado, aplica por igual para las tres Partes. Sin embargo, también lo es que favorece a la Parte reclamante, cualquiera que sea, ya que una vez presentada la solicitud, el Panel Laboral asume que el incumplimiento afecta el comercio y la inversión, y quien tiene que demostrar lo contrario (un hecho negativo) es la Parte demandada, lo que representa una carga adicional de recursos, tanto económicos como humanos, para su defensa.

La Nota 5 del Protocolo Modificadorio traspasa la carga probatoria de demostrar un hecho negativo a la Parte demandada, en contra del principio: la prueba de los hechos compete a quien los alega, tanto para afirmar el derecho del actor como la defensa del demandado. Sistema acuñado desde la jurisprudencia medieval: *ei incumplet probatio qui dici, non qui negat* (incumbe probar a quien afirma no al que niega) y *actore non probante reus absolbitur* (si el actor no prueba su derecho, el demandado debe ser absuelto).¹⁸

No pasamos por alto la opinión de algunos especialistas que consideran que en la sociedad actual proliferan situaciones derivadas de actividades muy técnicas y de alto riesgo, admitiendo la vía del desplazamiento de la carga de la

¹⁶ Nota 5 del Artículo 23.3 del Protocolo Modificadorio del T-MEC del 10.12.2019, D.O.F. 26.06.2020.

¹⁷ Nota 4 del Artículo 23.3 del Protocolo Modificadorio del T-MEC del 10.12.2019, D.O.F. 26.06.2020.

¹⁸ PEREIRA GARMENDIA, Mario y Velasco, Ramiro, Diccionario de latín jurídico, Ed. B de F Ltda , Motevideo, Uruguay, 2018, p. 503.

prueba al demandado cuando tenga mayor facilidad o disponibilidad sobre la misma, lo cual no siempre resulta una solución eficiente.

No obstante, considero que aún en estos supuestos, el actor debe presentar un mínimo de pruebas indiciarias necesarias para formar una presunción sobre la verdad de sus afirmaciones, que motiven o fundamenten el inicio de un procedimiento o investigación y, una vez iniciado el procedimiento trasladar la carga de la prueba a la parte demandada, de manera tal que si esta se niega a participar y no presenta las pruebas que tiene su poder, el juzgador resolverá con base en los argumentos y pruebas disponibles, esto es, las proporcionadas por el actor. Lo anterior tiene como propósito evitar la sustanciación de procedimientos superfluos y sin fundamento alguno.

A manera de ejemplo, en las investigaciones en materia de *dumping* o subvenciones, el productor nacional solicitante del país importador (Parte reclamante) debe presentar en su solicitud el mínimo de pruebas necesarias que hagan presumir a la autoridad investigadora la existencia de la práctica desleal, que respalden o justifiquen el inicio de la investigación.¹⁹

Iniciado el procedimiento y notificadas las partes interesadas (exportadores e importadores) de que se tiene conocimiento, la carga probatoria para demostrar la existencia de exportaciones en condiciones leales de comercio se traslada al exportador (Parte demandada).

Si el o los exportadores no participan en la investigación y no presentan las pruebas que demuestren que realizan exportaciones en condiciones leales de comercio (sin dumping o subsidio), la autoridad investigadora podrá emitir su resolución final con base en la mejor información disponible, esto es, con la presentada por la producción nacional en la solicitud de inicio de investigación.

Trasladar la carga probatoria de hechos negativos a la Parte demandada (cualquiera que sea), tal como se establece en la Nota 5 del Protocolo Modificadorio, además de representar un peso o esfuerzo adicional para la Parte demandada, conlleva el riesgo de iniciar procedimientos arbitrales con simples afirmaciones, posibilidades remotas o conjeturas de la Parte reclamante, lo que posiblemente resulte en el establecimiento de Paneles Laborales sin sustento, en perjuicio de la Parte demandada (cualquiera que sea) y de las empresas situadas en su territorio.

El Panel Laboral debe presentar a las Partes un Informe Preliminar dentro de 150 días posteriores a la solicitud de la Parte reclamante, y en 30 días rendir su Informe Final. En total el procedimiento de solución de diferencias del Panel Laboral tiene una duración de 320 días, desde la solicitud de consultas de la Parte reclamante hasta el Informe Final del Panel.

¹⁹ La rama de producción nacional solicitante del inicio de una investigación por dumping o subvenciones debe presentar su el Formulario Oficial de Inicio de Investigación por Discriminación de Precios expedido por la Unidad de Prácticas Comerciales de la Secretaría de Economía UPCI, que consta de 43 páginas, así como los argumentos y pruebas que respalden sus afirmaciones, que hagan presumir a la autoridad la existencia de la práctica desleal.

Cuando el Informe Final determine que la Parte demandada no ha cumplido con alguna de sus Obligaciones Laborales del Capítulo 23, las Partes buscarán alcanzar un acuerdo en los 45 días siguientes.²⁰ Si las Partes no llegan a un acuerdo, la Parte reclamante podrá imponer “medidas de represalia” a la Parte demandada, las cuales pueden consistir en la suspensión de beneficios de efecto equivalente al incumplimiento de obligaciones (disconformidad, anulación o menoscabo) hasta que ambas Partes alcancen un acuerdo.

A manera de ejemplo, en la controversia sobre servicios de autotransporte de transfronterizo de carga México Estados Unidos, ante la negativa del gobierno estadounidense de permitir a los autotransportes de carga mexicanos cruzar la frontera y entregar la mercancía en cualquier parte de la Unión Americana, el gobierno mexicano solicitó un Panel del Capítulo XX del TLCAN, este emitió su Informe Final a favor de México el 6 de febrero de 2001, por el incumplimiento a las obligaciones de trato nacional y trato de la nación más favorecida, recomendando a Estados Unidos realizar las acciones necesarias para cumplir sus compromisos.²¹

Por lo anterior, ambos países acordaron implementar un “Proyecto Demostrativo” que permitiera la apertura de la frontera al autotransporte de carga mexicano, sin embargo, en marzo del 2009, Estados Unidos canceló el referido proyecto por falta de recursos, por lo que finalmente, después de 9 años, México adoptó medidas de represalia, las cuales consistieron en un incremento de aranceles a 89 productos industriales y agrícolas estadounidenses que originalmente gozaban de acceso libre de pago de arancel a nuestro país.²²

Conclusiones.

1. En el Protocolo por el que se sustituye el TLCAN por el T-MEC firmado a finales del 2018, Estados Unidos, México y Canadá (las Partes) convinieron las siguientes Obligaciones Laborales: adoptar, no derogar y aplicar sus leyes, regulaciones y prácticas, sobre los siguientes derechos laborales individuales y colectivos: libertad de asociación y negociación colectiva; eliminación del trabajo forzoso; abolición del trabajo infantil y la discriminación laboral; y salarios mínimos, horas de trabajo, y seguridad y salud en el trabajo aceptables.
2. De igual manera, acordaron que una Parte viola o incumple una Obligación Laboral, solo si afecta el comercio o la inversión entre las Partes, esto es, cuando involucra a una persona o industria que produce una mercancía o suministra un servicio comerciado o que compite en la zona de libre comercio del T-MEC, o que tiene una inversión en la Parte que ha incumplido la Obligación Laboral.
3. Un año después, por exigencia de Estados Unidos, los tres países firmaron el Protocolo Modificadorio del T-MEC, donde se establece que el Panel Laboral

²⁰ Artículo 31.18 del T-MEC.

²¹ Informe final del Panel Arbitral del Capítulo XX del TLCAN sobre servicios de transporte transfronterizo de carga México Vs. Estados Unidos (Exp. Núm. EUA-MEX-98-2008, del 01.06.2009).

²² Decreto por el que se modifica el artículo 1 que se establece la Tasa Aplicable durante 2003, del Impuesto General de Importación, para mercancías de Estados Unidos, publicado el 31 de diciembre de 2002, D.O.F. 18.03.2009.

“asumirá” que el incumplimiento de una Obligación Laboral afecta el comercio y la inversión entre las Partes, a menos que la Parte demandada demuestre lo contrario.

5. Solo con la solicitud de la Parte reclamante el Panel tendrá por cierta la violación o incumplimiento de las Obligaciones Laborales de la Parte demandada. En consecuencia, la Parte demandada debe presentar las pruebas para demostrar que no incumplió, lo cual está en contra del principio: *ei incumplet probatio qui dici, non qui negat* (incumbe probar a quien afirma no al que niega).

6. Lo anterior, además de representar una carga adicional de recursos, tanto económicos como humanos para la Parte demandada, conlleva el riesgo de iniciar procedimientos arbitrales con simples afirmaciones, posibilidades remotas o conjeturas de la Parte reclamante, lo que posiblemente resulte en el establecimiento de Paneles Laborales sin sustento, en perjuicio de la Parte demandada (cualquiera que sea) y de las empresas situadas en su territorio. Es probable que en la mayoría de las controversias México sea la Parte demandada.

Bibliografía

González de Cossío, Francisco, *El Arbitraje y la Juzgatura*, Ed. Porrúa, México, 2007.

Pereira Garmendia, Mario y Velasco, Ramiro, Diccionario de latín jurídico, Ed. B de F Ltda, Motevideo, Uruguay, 2018.

Decreto por el que se modifica el artículo 1 que se establece la Tasa Aplicable durante 2003, del Impuesto General de Importación, para mercancías de Estados Unidos, publicado el 31 de diciembre de 2002, D.O.F. 18.03.2009.

DECRETO Promulgatorio del Protocolo por el que se Sustituye el TICAN por el T-MEC, hecho en Buenos Aires, 30 de noviembre de 2018; del Protocolo Modificadorio al T-MEC, hecho en la Ciudad de México el 10 de diciembre de 2019; y de ocho acuerdos paralelos celebrados entre México y Estados Unidos, D.O.F. 29.06.2020.

Protocolo Modificadorio del Tratado Estados Unidos, México y Canada.

Protocolo por el que se sustituye el TLCAN por el T-MEC del 30 de noviembre del 2018, D.O.F. 29.07.2019.

One Hundred Sixteenth Congress of United States of America. An Act to implement the Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada attached as an Annex to the Protocol Replacing the North American Free Trade Agreement, 18/4/2020, H.R. 5430 (Enrolled Bill).

Cargill, Inc. C. México (Escrito de dupla), CIADI, Mecanismo complementario, Washington, D.C., Caso No. ARB (AF)/05/20.08.2020.

Cargill, Inc. C. México (Laldo), CIADI, Mecanismo complementario, Washington, D.C., Caso No. ARB (AF)/05/2. Fecha de envío a las Partes: 18.09.2009.

Informe del Órgano de Apelación del caso México-Medidas Fiscales sobre los refrescos y otras bebidas, WT/DS308/AB/R, 06.03.2006.

Informe final del Panel del Panel Arbitral del Capítulo XX del TLCAN sobre servicios de transporte transfronterizo de carga México Vs. Estados Unidos (Exp. Núm. EUA-MEX-98-2008-01.06.2009).

Resolución del Panel México-USA-98-1904-01. Revisión de la resolución final antidumping sobre fructosa de Estados Unidos, DOF.10.10.2001.

Tratado México, Estados Unidos y Canada DOF 2020

Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)

Tratado Integral y Progresista de la Asociación Transpacífico (TIPAT)