



# POLITICAL RISK NEWSLETTER

Volúmen XIII  
Edición 1  
Septiembre 2017

## EN ESTA EDICIÓN

### TLC: Renegación o Renegociación\*

por **Álvaro Santos y Mariano Gomezperalta C.**

3

La renegociación del TLC ha comenzado. Se han presentado las posiciones iniciales en temas de acceso a mercados: reglas de origen, prácticas regulatorias y sectores específicos. Los reflectores, sin embargo, parecen estar sobre temas que EU ha puesto en la mesa: el déficit comercial, salarios y el capítulo sobre disputas anti-dumping. Quizás como táctica de presión, Trump reiteró este martes pasado en Arizona que México le “ha visto la cara” a EU con el TLC y sugirió que podría “cancelarlo”.

### Los Mecanismos de Solución de Controversias del TLCAN. ¿Que se queden o se vayan?

por **Carlos Véjar**

6

Recientemente, el Gobierno de los Estados Unidos anunció entre sus objetivos para la renegociación del TLCAN la eliminación de un capítulo *sui generis* (mecanismo único en el mundo) para la solución de controversias relacionadas con las resoluciones administrativas en materia de prácticas desleales (cuotas antidumping y compensatorias), contenido en el Capítulo XIX del tratado. Esta posibilidad generó preocupación y confusión, demostrando además un gran desconocimiento sobre los distintos mecanismos de solución de controversias que contiene el TLCAN y las implicaciones de los mismos.

### ¿Pueden las Reformas al TLCAN Eliminar el Dumping Laboral?

por **Fernando González-Rojas**

10

Algunos defensores de la recientemente impulsada renegociación del TLCAN consideran que los bajos salarios en México le han “robado” empleos a Estados Unidos y que se han movido inversiones a México, haciendo que los productos hechos en Estados Unidos sean menos competitivos en precio en relación con los productos mexicanos. Por lo tanto, en su opinión, el TLCAN debe ser modificado para forzar al Gobierno de México y a los empresarios a incrementar los salarios en el territorio mexicano para detener una práctica comúnmente denominada como *dumping laboral*, misma que consiste en ganar un porcentaje mayor de mercado, reduciendo los costos laborales de las empresas.

**Queridos lectores,**

Durante muchos años escuché que el TLCAN fue producto de un gran número de factores que ocurrieron en el momento y lugar correctos. Esta noción de que las “estrellas se alinearon” para el TLCAN evitó que los países Parte hicieran cambios al acuerdo durante dos décadas (excepto en lo relativo a reglas de origen que es un tema demasiado técnico como para ser polémico). La creencia generalizada era que modificar el TLCAN acarrearía el riesgo de romper el balance de las concesiones que cuidadosamente se había armado en la negociación original. ¿Cómo reaccionarían los ganadores y perdedores del tratado? Tocar el TLCAN era impensable. Cuando fungí como Consultor Jurídico de la Secretaría de Economía en México (“Economía”), el TLCAN cumplió quince años. Tuve la oportunidad de participar en varias conferencias, particularmente en Canadá y México, y no recuerdo a nadie sugerir que el tratado debiera ser renegociado. Con todas sus fallas y virtudes, utilizamos el TLCAN como base para otras negociaciones comerciales de México e incluso teníamos ideas sobre cómo mejorarlo. Algunas de las disputas comerciales que litigamos tuvieron el potencial de seriamente afectar al tratado. Pero los seguidores de la teoría de la constelación del TLCAN tuvieron éxito en mantenerlo por 23 años.

Hace unas par de semanas, Estados Unidos, Canadá y México iniciaron las mesas para renegociar el TLCAN. Durante los 23 años en que ha estado en vigor, el comercio de bienes entre los países TLCAN se ha cuadruplicado. Empresas de Estados Unidos han invertido más de \$450 billones de dólares en Canadá y México. La región TLCAN ha creado numerosas cadenas de valor en las cuales los bienes exportados cuentan con un porcentaje muy significativo de bienes intermedios provenientes de Estados Unidos, Canadá y México. Como lo ha mostrado el actual proceso de renegociación, las economías de los países Parte del TLCAN están tan integradas que los temas de la renegociación han sido no tan solo los temas típicos de acceso a mercados como reglas de origen o barreras técnicas al comercio sino también asuntos de política interna como salarios, política monetaria, migración e impuestos internos en vez de solamente las tarifas aplicables al comercio.

Otra cuestión interesante de la renegociación es que la amenaza de la terminación del tratado por parte de Estados Unidos estará presente durante todo el proceso. Dado que el TLCAN y los Acuerdos de la OMC entraron en vigor casi al mismo tiempo, es difícil determinar qué efectos en el mercado trilateral pueden ser atribuidos al TLCAN y cuáles a la OMC, las condiciones globales de la economía, la tecnología o las preferencias y tendencias de los consumidores. Lo que está claro es que el comercio regional en América del Norte ocurrirá con o sin tratado. La única cuestión es si este comercio ocurrirá organizada o desorganizadamente. “Estados Unidos no se irá a ningún lugar y nosotros ciertamente no tenemos planes para mover a México a otro lugar en el planeta” dijo el Subsecretario de Economía en una presentación recientemente. Como las fuerzas de oferta y demanda en el mercado laboral de Estados Unidos y México han demostrado, el hecho de que los negociadores opten por ignorar algunos temas y dejarlos fuera de la agenda de la renegociación no significa que no tendrán efecto en las economías de los países miembros del TLCAN. Este es el caso del comercio de trabajo y de las controversias pendientes entre los países TLCAN en asuntos como madera blanda, azúcar, transporte transfronterizo de carga e irónicamente, en la controversia entre Estados Unidos y México sobre el mecanismo de solución de controversias. En esta edición, hemos incluido tres artículos que abordan algunas de estas cuestiones principalmente desde la perspectiva de México. Sin embargo, como ha mostrado el TLCAN en 23 años, ya casi no hay cuestiones del tratado que sean puramente un problema para México, Estados Unidos o Canadá.

Esperamos que esta edición especial sea de su agrado.

Atentamente,



**Mariano Gomezperalta C., Socio**  
mgomezp@robertwraypllc.com

# TLC: Renegación o Renegociación\*

\*Este artículo fue publicado el día 27 de agosto de 2017 en el periódico Reforma (Página 15, Sección Internacional)

**Álvaro Santos y Mariano Gomezperalta C.**

La renegociación del TLC ha comenzado. Se han presentado las posiciones iniciales en temas de acceso a mercados: reglas de origen, prácticas regulatorias y sectores específicos. Los reflectores, sin embargo, parecen estar sobre temas que EU ha puesto en la mesa: el déficit comercial, salarios y el capítulo sobre disputas anti-dumping. Quizás como táctica de presión, Trump reiteró este martes pasado en Arizona que México le “ha visto la cara” a EU con el TLC y sugirió que podría “cancelarlo”.

¿Cuál debe ser la agenda de México? Para saber qué negociar, necesitamos un diagnóstico del saldo del TLC, incluyendo los temas en que México no ha obtenido lo que le correspondía. El TLC se firmó hace 23 años y necesita actualizarse. Pero esta actualización no debe constituir la agenda de negociación.

Apostarle a la premisa que es mejor dejar el tratado como está que a una renegociación desfavorable es abandonar la posibilidad de mejorar el tratado y la posición comercial de México, renegando y prefiriendo un nuevo texto con pequeños ajustes. México debe aprovechar que Trump está reabriendo el tratado para actuar con firmeza y corregir dos temas de fondo. El primero es una cuestión de principio: quien acepta el incumplimiento de sus contrapartes está condenado a sufrir nuevas violaciones. México debe abordar las controversias pendientes e insistir en corregir el Capítulo 20 sobre disputas Estado-Estado. El segundo es incorporar al gran ausente en la negociación original del tratado: el comercio de trabajo.

## ¿Quién se Aprovechó de Quién? Azúcar y Transporte

Aunque Trump diga que México le ha “visto la cara” a EU, la historia del TLC muestra lo contrario. En el caso del azúcar, EU canceló unilateralmente el derecho de los azucareros mexicanos a exportar sus excedentes a EU. Cuando México solicitó un panel para que su reclamación fuera atendida, EU aprovechó los errores de redacción del Capítulo 20 para evitar que sus acciones fueran juzgadas por un panel. Para aliviar al sector azucarero, México adoptó un mal concebido impuesto contra la fructosa de EU que resultó violatorio del Capítulo 11. A diferencia de la reclamación de México, las empresas estadounidenses sí pudieron usar el tratado para demandar al gobierno mexicano y obtuvieron indemnizaciones millonarias. De haber funcionado el Capítulo 20, el desenlace de este episodio hubiera sido distinto.

La historia en transporte es igualmente infeliz para México. El TLC permite a los transportistas mexicanos llevar carga punto a punto, de México a Estados Unidos y de regreso. A pesar de que un panel emitió una sentencia favorable a México, los transportistas mexicanos continúan sin tener acceso al mercado de EU. Han sido privados por 20 años de un negocio al que tienen derecho y que vale alrededor de 400 mdd. por

año. Además, esta barrera ha significado el desperdicio de una de nuestras mayores ventajas comparativas como país frente al resto del mundo.

## Comercio de Trabajo

Aunque al negociarse el TLC el gobierno mexicano dijo que se dejarían de exportar trabajadores porque se crearían empleos en México, las nuevas fuerzas de oferta y demanda de trabajo en la región incentivaron la migración hacia EU. Como sucede en un mercado integrado, muchos trabajadores mexicanos que perdieron su trabajo con la apertura fueron a trabajar a EU (incluyendo en cultivos de exportación a México). Como no se anticipó esta migración en el tratado ni ha habido voluntad política para regularlo, la migración se dio de forma indocumentada y desordenada, con la anuencia de las empresas de EU y de ambos gobiernos.

Hoy EU tiene casi 5.6 millones de inmigrantes mexicanos indocumentados. México debe impulsar un capítulo de comercio laboral que brinde un trato no discriminatorio a nuestros trabajadores consistente con el principio de trato nacional que reciben los inversionistas, bienes y servicios del TLC: un acuerdo de migración estacional y temporal dentro del TLC que amplíe las visas para los sectores donde hay fuerte demanda. Hacerlo parte del TLC permitiría la inclusión de compromisos de cooperación, monitoreo y repatriación efectivos. Disminuiría el tráfico ilegal de personas con las graves violaciones de derechos humanos que ello supone y ayudaría a EU a tener mayor control de quienes cruzan la frontera. Eliminaría la necesidad de un nuevo muro fronterizo y quitaría este tema de los vaivenes políticos y de la retórica humillante que tanto daña a la relación bilateral.

## Renegociación TLCAN





### **Álvaro Santos**

Alvaro Santos es Profesor en la Facultad de Derecho y Director del *Center for the Advancement of the Rule of Law in the Americas (CAROLA)* en la Universidad de Georgetown. Imparte cátedras y escribe en las áreas de comercio internacional, desarrollo económico y mercados laborales. Es miembro del consejo editorial de publicaciones como el *Journal of International Economic Law*, el *American Journal of Comparative Law* y el *Law and Development Review*, entre otras. Es Doctor y Maestro en Derecho por la Universidad de Harvard (S.J.D. y LL.M.) y Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México.



### **Mariano Gomezperalta C.**

Mariano Gomezperalta es socio de robertwray pllc y dirige la práctica de comercio internacional y arbitraje de dicha firma. Asesora a empresas, asociaciones y gobiernos en asuntos de comercio e inversión al amparo del TLCAN. También ha representado al U.S. Export-Import Bank en un gran número de operaciones de financiamiento de exportaciones. En el sector público, fue Consultor Jurídico de la Secretaría de Economía y asesor de asuntos jurídicos internacionales de la Presidencia de la República. Es Maestro en Derecho por la Universidad de Harvard, Licenciado en Derecho por la UNAM y Licenciado en Economía por la Universidad Iberoamericana. Cuenta con licencia para ejercer en el Estado de Nueva York y en México.

# Los Mecanismos de Solución de Controversias del TLCAN.

## ¿Que se queden o se vayan?

**Carlos Véjar**

Recientemente, el Gobierno de los Estados Unidos anunció entre sus objetivos para la renegociación del TLCAN la eliminación de un capítulo *sui generis* (mecanismo único en el mundo) para la solución de controversias relacionadas con las resoluciones administrativas en materia de prácticas desleales (cuotas antidumping y compensatorias), contenido en el Capítulo XIX del tratado. Esta posibilidad generó preocupación y confusión, demostrando además un gran desconocimiento sobre los distintos mecanismos de solución de controversias que contiene el TLCAN y las implicaciones de los mismos. Véase por ejemplo el *“Punto de acuerdo que exhorta a la Secretaría de Economía a rechazar la pretensión del representante comercial del gobierno de Estados Unidos de América de eliminar el Capítulo XIX del TLCAN que trata sobre la solución de controversias”*. Al respecto y contrario a lo que sugiere este documento “los diferendos respecto a antidumping, subvaluación y salvaguardas” siempre han podido ser resueltos de acuerdo a las leyes de Estados Unidos (así como de México o Canadá), ya que el Capítulo XIX es tan sólo un mecanismo alternativo a los procedimientos nacionales, al que se accede de manera optativa y voluntaria.

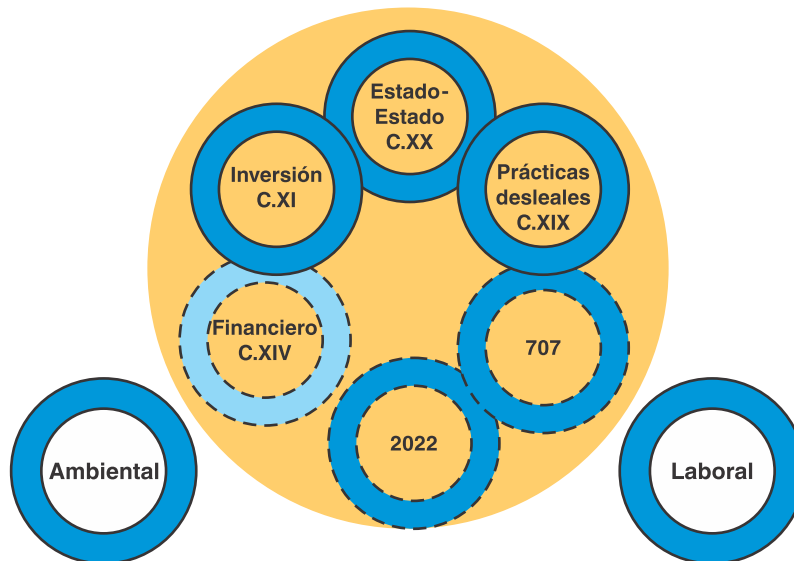
Por otra parte, y aunque ha recibido mucha menor atención, el documento de objetivos para la renegociación del USTR omite referencia alguna al mecanismo para la solución de controversias Inversionista-Estado, contenido en el Capítulo XI del TLCAN, y esto aunado a declaraciones públicas en su contra, parecerían indicar que al igual que con el Capítulo XIX se pudiera plantear la eliminación de este otro (mecanismo Inversionista-Estado o ISDS por sus siglas en inglés). (Véase el discurso inaugural de la primera ronda de negociaciones del USTR Robert Lighthizer en donde señala que *“El mecanismo de solución de controversias debe estar diseñado para respetar nuestra soberanía nacional y nuestros procesos democráticos”*).

La única mención a la solución de controversias que contiene el resumen de objetivos de los Estados Unidos parece referirse al mecanismo general entre Estados para dirimir controversias derivadas de la aplicación o interpretación del tratado en lo general, enfocándose principalmente en los aspectos de mejora en la transparencia de los procedimientos.

Por su parte México y Canadá han realizado menciones expresas en sus objetivos de negociación sobre los mecanismos de solución de diferencias, particularmente con respecto al mecanismo ISDS, sin objetar sobre el mantenerlo dentro del capitulado del tratado, y en ambos países se han expresado votos por el mantenimiento del Capítulo XIX. La Ministro de Asuntos Internacionales de Canadá en un discurso del 14 de agosto señaló que *“Así como las buenas bardas hacen buenos vecinos, buenos mecanismos de*

*solución de controversias hacen buenos socios comerciales*”; y más adelante al referirse expresamente a los objetivos de Canadá mencionó entre otros: *“el reformar el proceso de solución de controversias inversionista-Estado para asegurar que el gobierno tenga el inalienable derecho de regular en el interés público”*. México, por su parte, ha sido mucho más expreso en su interés en mantener y modernizar todos los mecanismos de solución de controversias, en particular el documento denominado *“Prioridades de México en las Negociaciones para modernizar el Tratado de Libre Comercio de América del Norte”* de fecha 31 de julio de 2017 enviado al Senado de la República, donde se menciona expresamente: *“Modernizar todos los mecanismos de solución de controversias previstos en el TLCAN (inversionista-Estado, Estado-Estado, así como en materia de cuotas antidumping y compensatorias, y servicios financieros) para hacerlos más ágiles, transparentes y eficaces.”*

Curiosamente los mecanismos del Capítulo XI y XIX han sido los más utilizados y son operables, en tanto que el mecanismo del Capítulo XX que contiene el mecanismo tradicional para la solución de controversias generales sobre la aplicación e interpretación del tratado, y que presenta una deficiencia de tal magnitud que lo hace inoperable (el no contar con listas acordadas para el establecimiento de paneles ante la falta de acuerdo entre las partes), no parece ser objeto de mayor polémica, como tampoco han recibido mayor atención el mecanismo para la solución de controversias del capítulo de servicios financieros, o los mecanismos de solución de controversias de los “acuerdos paralelos” (Ambiental y Laboral), o disposiciones de menor jerarquía que tratan sobre temas para la solución de controversias comerciales privadas como son el artículo 707 y el 2022, es decir, el Comité Asesor en Materia de Controversias Comerciales Privadas sobre Productos Agropecuarios y Medios alternativos para la solución de Diferencias, respectivamente.



#### *Disposiciones sustantivas de solución de controversias dentro del y relacionadas con el TLCAN*

Sin duda, visto con este detalle, el TLCAN continúa aparentando un aspecto “moderno” e innovador a más de dos décadas, en cuanto a lo que se refiere a mecanismos para la solución de controversias, ya que cuenta con mecanismos especializados para distintos tipos de disputas, e incluso cuenta con un



andamiaje institucional como lo es el Secretariado e instancias formales de contención de disputas como lo es la Comisión de Libre Comercio, lo que refleja además la importancia que el tema de la solución de controversias tuvo hace más de 20 años, en tanto que hoy se debate mayormente sobre la permanencia de estos mecanismos o bien su homogeneización (un solo mecanismo para todo tipo de disputas, particularmente por lo que se refiere en este momento a los temas ambientales y laborales, sin perjuicio de que se amplíe posteriormente a otras disciplinas novedosas para el TLCAN: comercio electrónico, disciplinas adicionales sobre Empresas Comerciales del Estado, y Propiedad Intelectual, Anticorrupción, etc.).

No cabe duda que cuando cambian las ideas, las instituciones comienzan a estorbar y la única forma de aliviar esta tensión parece consistir en cambiar de ideas o en cambiar las instituciones adecuándolas a las nuevas ideas. En este sentido, las instituciones del TLCAN son claras (con sus deficiencias u oportunidades, pero ahí están), en tanto que las nuevas ideas globales sobre las que departe la renegociación del TLCAN son aparente y principalmente dos: (i) la idea de que se trata de un mal tratado “el peor de todos”, y que por tanto debe renegociarse, al riesgo de eliminarlo; y por otra parte (ii) la idea de que se trata de un buen tratado que sólo requiere modernizarse y debe mantenerse. Y de ser así, surge la pregunta sobre ¿Cuál de estas dos ideas prevalecerá, o si pueden coexistir estas dos ideas y por tanto cómo impactarán en las instituciones del TLCAN?(Como nota al margen, valdría la pena aclarar cuál es el término apropiado al proceso de negociaciones del TLCAN que dio inicio el pasado 16 de agosto, y que parecería ser el de “renegociación”, ya que modernizar -modernización del TLCAN- es un calificativo subjetivo, en tanto que la renegociación es una acción objetiva que no queda a juicio de los resultados del proceso de negociación ¿Se puede denominar “modernización” a posibles resultados como la eliminación del Capítulo XIX o la imposición de reglas de origen que resulten en posibles pérdidas de la competitividad en la zona de libre comercio?).

Esta dicotomía de ideas la podemos aplicar a la institución que representan los mecanismos de solución de controversias, por un lado estarían quienes siguen considerando al arbitraje como el método más civilizado para resolver disputas y como una condición sine qua non para cualquier tratado de libre comercio, frente a voces que hace mucho no se escuchaban pero que ahora son actuales y que consideran a estos mecanismos como una pérdida de la soberanía, una afrenta a la democracia y al derecho de regular en el interés público, entre un largo etcétera de críticas, muchas de las cuales parten de un pobre conocimiento de los mecanismos.

Es por ello que para responder a la pregunta de si estos mecanismos son malos y deben renegociarse o desaparecer, o de si son buenos y sólo deben modernizarse, habría que recordar en primer lugar el para qué y por qué fueron creadas estas instituciones, y responder con honestidad si los objetivos que estás perseguían siguen siendo vigentes, para en su caso, preguntarse entonces si esos objetivos fueron alcanzados o qué se requiere para alcanzarlos.

Sin entrar en mayores detalles, y toda vez que se requiere de un análisis mucho más laborioso para identificar los objetivos subyacentes de cada mecanismo, centremos nuestra atención en el objetivo más inmediato general a todos los mecanismos y que nos brinda el propio tratado en su Artículo 102.1(e):



*“crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias”.*

¿Qué podríamos decir entonces hoy con respecto a este objetivo de crear procedimientos eficaces para el cumplimiento y la solución de controversias del tratado? A mi parecer, el TLCAN deja mucho que desear en este sentido, el resultado es en todo caso mixto, algunos mecanismos funcionaron, pero ya no funcionan, otros funcionan con problemas, y los menos podrían considerarse eficaces. A modo de ejemplo y sin entrar al detalle sobre cada uno de los principales mecanismos y la diversidad de aspectos que pudieran afectar su eficacia, podemos señalar lo siguiente:

**El Capítulo XX** ha resuelto disputas como las del Transporte Transfronterizo, Escobas de Mijo, y Productos Agropecuarios, pero ha quedado a deber con respecto a disputas como las del azúcar, el atún o el etiquetado para cárnicos, como ejemplo de controversias que pudiendo ser resueltas bajo el TLCAN pero que fueron atendidas por la OMC, en parte o principalmente por la falta de una lista de árbitros para el Capítulo XX que permitiera dar certeza y prontitud en el establecimiento paneles y por consecuencia en la solución de las controversias.

**El Capítulo XIX** aunque ha funcionado de manera “regular” (aproximadamente 146 casos se han ventilado bajo este mecanismo según el Secretariado del TLCAN), ha demostrado profundas carencias administrativas en cuanto al establecimiento de paneles, lo cual puede llevar en ocasiones a retrasos mayores a un año para que las partes logren la composición binacional de los mismos, además los estándares de revisión para cada parte son aquellos de su propia legislación nacional, lo cual sin duda produjo resultados muy distintos para cada Parte del TLCAN. También ha habido críticas respecto a que los honorarios de los árbitros son bajos, lo que puede afectar la calidad de las decisiones, y respecto a que existe un número limitado de abogados especializados en la materia que estén disponibles para participar como panelistas.

**El Capítulo XI** es el que mejor ha funcionado, en gran medida porque descarga responsabilidades para el establecimiento y conducción de los tribunales arbitrales en instituciones ajenas al TLCAN, como lo sería el Secretario General del CIADI. Sin embargo, algunas decisiones emitidas por los paneles o pretensiones planteadas por los inversionistas han requerido o ameritado de la intervención de las Partes e incluso de la Comisión Administradora del TLCAN para emitir una interpretación vinculante que aclare el alcance de ciertas disposiciones del tratado, lo que refleja un problema en cuanto a la correcta interpretación que pudieran realizar los tribunales arbitrales, y a lo cual se le pueden sumar una serie de críticas que intentaron resolverse en las negociaciones del mecanismo ISDS en el TPP y que vis a vis el TLCAN demuestra las diversas oportunidades que ofrece el mecanismo para su “modernización” y resultar fortalecido frente a las críticas de ciertos sectores.

Por último en cuanto a los mecanismos para la solución de controversias relacionadas con el **trabajo y el medio ambiente**, contenidas en los acuerdos de cooperación laboral y ambiental (acuerdos paralelos al TLCAN), se puede decir que estos se limitan a etapas consultivas y de seguimiento a reclamaciones o cuestiones presentadas por los particulares, ya que es prácticamente imposible constituir un panel

cuando se requiere el consentimiento de la parte demandada, entre muchos otros obstáculos que estos mecanismos presentan (a la fecha ninguna disputa ha llegado a tales instancias).

En conclusión, hay materia en las instituciones de solución de controversias del TLCAN que justifican su renegociación a la luz de cualquiera de los dos enfoques que se adopten, pero la gran incógnita continuará siendo si permanecerán, desaparecerán, serán modernizados o sustituidos por otros, ya que hay elementos suficientes para justificar cualquier resultado, por lo que será necesario no sólo evaluarlos uno a uno en cuanto a su eficacia y objetivos particulares, sino también analizar las consecuencias de su eliminación, el costo beneficio y el apoyo o desinterés político y comercial real por mantenerlos. La discusión hasta ahora ha sido demasiado general como para ser útil.



### **Carlos Véjar**

Carlos Véjar es abogado senior de la firma de abogados Holland & Knight. Cuenta con 20 años de experiencia en comercio internacional, arbitraje y temas relacionados con inversión. Hasta el año pasado se desempeñó como Consultor Jurídico de la Secretaría de Economía. Además, representó al Gobierno de México en litigios y negociaciones ante la Organización Mundial de Comercio (OMC) en Ginebra, Suiza y trabajó en una firma de abogados en Vancouver, Canadá representando a México en arbitrajes inversionista-Estado. Es Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) y Maestro en Relaciones Internacionales por la *Geneva School of Diplomacy and International Relations*.

# ¿Pueden las Reformas al TLCAN Eliminar el Dumping Laboral?

**Fernando González-Rojas**

Algunos defensores de la recientemente impulsada renegociación del TLCAN consideran que los bajos salarios en México le han “robado” empleos a Estados Unidos y que se han movido inversiones a México, haciendo que los productos hechos en Estados Unidos sean menos competitivos en precio en relación con los productos mexicanos. Por lo tanto, en su opinión, el TLCAN debe ser modificado para forzar al Gobierno de México y a los empresarios a incrementar los salarios en el territorio mexicano para detener una práctica comúnmente denominada como *dumping laboral*, misma que consiste en ganar un porcentaje mayor de mercado, reduciendo los costos laborales de las empresas.

La mayoría de los expertos en comercio estarían de acuerdo en que forzar a México a incrementar el nivel de su salario mínimo mediante la inclusión de una obligación expresa en el TLCAN sería inviable. Primero que nada, la economía mexicana probablemente no estaría preparada para recibir un ajuste drástico de esa naturaleza. Además, el Gobierno de México enfrentaría con toda certeza una férrea oposición por parte de sectores influyentes de su economía para no aceptar dicha condición. Quizás por esta razón ninguna de las delegaciones renegociadoras del TLCAN ha hecho esta propuesta en específico.

Sin embargo, la inviabilidad de reformar el TLCAN para imponer una obligación directa a México para incrementar sus niveles del salario mínimo no quiere decir que otros cambios al TLCAN no pudieran tener el mismo efecto en el largo plazo. En mi opinión, algunas de las reformas laborales que de hecho ya han sido sugeridas por Estados Unidos y México podrían resultar en incrementos salariales en el largo plazo.

En julio pasado, la Oficina de Representación Comercial de Estados Unidos (USTR) anunció que uno de los objetivos prioritarios en la renegociación del TLCAN es el que “los países del TLCAN [...] adopten y mantengan en sus leyes y prácticas los [...] estándares reconocidos en la Declaración [de la Organización Internacional del Trabajo]”, incluyendo la “libertad de asociación y el reconocimiento efectivo a los derechos de negociación colectiva”. Por su parte, los objetivos de México en la renegociación del TLCAN también incluyen el “fortalecer el cumplimiento de las leyes nacionales y compromisos internacionales en materia laboral”. Por lo tanto, ambos países han expresado su deseo de adoptar y cumplir con los estándares laborales internacionales, que incluyen la protección a libertad de asociación y negociación colectiva. Sin embargo, es interesante que por más de medio siglo, los tres países miembros del TLCAN se hayan rehusado a adoptar la Convención de la Organización Internacional del Trabajo de 1949 sobre Sindicación y Organización Colectiva (la “Convención de la OIT de 1998”) la cual solo fue recientemente ratificada por Canadá.

La Convención de la OIT de 1998 impone pocas pero muy importantes obligaciones. Una de ellas es la

obligación de asegurarse que los patrones no puedan despedir a sus trabajadores si éstos últimos abandonan su sindicato. Por muchas décadas, los acuerdos entre patrones y sindicatos en sectores claves de la economía mexicana incluyeron las llamadas “cláusulas de exclusión”, las cuales imponían la obligación a los patrones de despedir a aquellos trabajadores que hubieran sido separados de su sindicato. Esta práctica le dio un poder enorme a los líderes sindicales quienes frecuentemente se coludían con los patrones para aceptar condiciones laborales muy precarias para sus miembros. Además, las cláusulas de exclusión también cancelaron la posibilidad de que sindicatos autónomos pudieran negociar acuerdos independientes con sus patrones.

En el 2012, México reformó sus leyes laborales y eliminó la disposición que expresamente autorizaba el uso de las cláusulas de exclusión en contratos colectivos. Sin embargo, México no complementó dicha eliminación con una prohibición expresa respecto a esa práctica. Consecuentemente, el uso de las cláusulas de exclusión en México no ha sido completamente erradicado.

Otra obligación importante contenida en la Convención de la OIT de 1998 es la eliminación de cualquier “acto que esté diseñado para promover el establecimiento de organizaciones laborales bajo el dominio de los patrones u organizaciones de los patrones”. Justamente una práctica que ha sido también denunciada ampliamente en México es la adopción de “contratos de protección”, esto es, contratos colectivos entre patrones y sindicatos ficticios o sin representación real. Esta práctica ha afectado la posibilidad que pudieran tener los trabajadores de ver reflejados sus intereses en los contratos colectivos.

La recurrencia de ambas prácticas en México, i.e., el uso de las cláusulas de exclusión y los contratos de protección, ha sido demostrada con base en las estadísticas sobre la aplicación del mecanismo de comunicación pública (MCP) establecido al amparo del Artículo 16 del Acuerdo de América del Norte sobre Cooperación Laboral (AANCL). El MCP permite a las organizaciones de trabajadores, ONGs e individuos el presentar reclamaciones a las autoridades nacionales de cada uno de los países Parte del TLCAN sobre el incumplimiento de otra Parte en lo relativo a la aplicación de sus leyes laborales. Más de la mitad de las reclamaciones alegando el incumplimiento de México tienen que ver precisamente con violaciones a la libertad de asociación y el derecho de contratación colectiva. El impedir que los trabajadores puedan negociar directamente los términos de sus contratos con los patrones puede ser una de las razones por las cuales los salarios en México se han mantenido bajos. Por lo tanto, la eliminación de las cláusulas de exclusión y los contratos de protección podrían contribuir significativamente a incrementar los salarios en México.

En el 2015, el Gobierno de México presentó la Convención de la OIT de 1998 para aprobación del Senado. Sin embargo, el proceso de evaluación-aprobación no ha concluido. A pesar de las presiones internas provenientes de Senadores y Diputados miembros de ciertos partidos de izquierda en México, el Senado mexicano no ha emitido una decisión final en esta materia.

Como se ha mencionado, los tres países Parte del TLCAN se rehusaron durante décadas a adoptar la Convención de la OIT de 1998. Sin embargo, recientemente Canadá depositó el instrumento de

ratificación de la Convención de la OIT de 1998 con el Director General de la OIT. Al hacerlo, la Ministra de Trabajo de Canadá, la Honorable Patty Hajdu, dijo que “Canadá desea trabajar con la OIT y [sus] socios internacionales para asegurar que los derechos de los trabajadores sean respetados tanto en casa como *fuera de ella* [énfasis añadido]”.

Consecuentemente, parece que hay consenso entre los negociadores del TLCAN respecto a la conveniencia de fortalecer la libertad de asociación de los trabajadores y su derecho a la sindicación colectiva. Este acuerdo puede poner presión en el Senado mexicano para finalmente aprobar la adopción de la Convención de la OIT de 1998. La ratificación de este instrumento internacional puede proporcionar un incentivo legal para erradicar las cláusulas de exclusión y los contratos de protección en México. En vez de tratar de adoptar un esquema regulatorio innovador en el TLCAN que pudiera tener efectos inciertos sobre el mercado en la región, la adopción de la Convención de la OIT de 1998 por los países Parte del TLCAN puede constituir un medio más práctico para incrementar los salarios en México y contrarrestar el fenómeno conocido como *dumping laboral* que preocupa a los negociadores de Estados Unidos.



### **Fernando González-Rojas**

Dr. Fernando González-Rojas es el Director de los Programas de Posgrado en Derecho del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM) y Director de la Oficina de Trade Pacts para América Latina.

Anteriormente, el Dr. González-Rojas trabajó en la Organización Mundial del Comercio (OMC) como abogado especializado en solución de controversias. Él es licenciado en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), maestro en derecho internacional por la Universidad de Nueva York (NYU) y doctor en derecho por la Universidad de Lovaina (KULeuven), en Bélgica.

Nuestro agradecimiento a **Álvaro Santos, Carlos Véjar y Fernando González-Rojas** por sus contribuciones para esta publicación.

## Sobre esta publicación y robertwray pllc

Esta publicación, **RW POLITICAL RISK NEWSLETTER**, es elaborada por robertwray pllc, una firma especializada en asuntos de comercio internacional e inversión, arbitraje, seguros de riesgo político, proyectos de desarrollo internacional y financiamiento de aeronaves. Esta publicación se ha constituido como un foro de interés para inversionistas, gobiernos, aseguradoras, corredores, abogados y otros profesionistas, así como un medio para la discusión de temas relacionados con los riesgos políticos, el comercio y la inversión. Esta publicación no debe interpretarse de modo alguno como asesoría legal.

Para suscribirse a esta publicación, favor de enviar un correo a [info@robertwraypllc.com](mailto:info@robertwraypllc.com).

## Contactos:

### **Geraldine R.S. Mataka**

Socia Directora

202-349-5016

[gmataka@robertwraypllc.com](mailto:gmataka@robertwraypllc.com)

### **Felton (Mac) Johnston**

Consultor, Arbitraje y Riesgos Políticos

202-349-5012

[mjohnston@robertwraypllc.com](mailto:mjohnston@robertwraypllc.com)



1150 Connecticut Ave., NW | Suite 350 | Washington, DC 20036  
[www.robertwraypllc.com](http://www.robertwraypllc.com)