

Recibido: 5 marzo 2019
Aceptado: 30 marzo 2019

Arbitraje, vol. XII, n° 1, 2019, pp. 167–179

Algunos cambios que incorpora el T–MEC, en materia de inversiones extranjeras, en relación con lo previsto en el capítulo XI del TLCAN

Jaime GALLEGOS ZÚÑIGA *

Sumario: I. Consideraciones introductorias. 1. Las inversiones extranjeras en el contexto actual. 2. El nuevo Tratado firmado en 2018. 3. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en vigor desde 1994. II. Algunas diferencias relevantes del T MEC. 1. Consideraciones previas durante la negociación. 2. Algunos temas en que se presentan modificaciones: A) ¿Qué debe entenderse por inversión?; B) Trato Nacional y Trato Nación Favorecida; C) Trato Justo y Equitativo; D) Expropiación indirecta; E) Previsiones regulatorias “generales/especiales”; F) Mecanismos procedimentales para impugnar una infracción al T MEC; G) Quehacer de los juzgadores. III. Consideraciones finales.

Resumen: Algunos cambios que incorpora el T–MEC, en materia de inversiones extranjeras, en relación con lo previsto en el capítulo XI del TLCAN

El presente trabajo busca exponer, de manera sucinta y esquemática, algunos cambios, en materia de regulación de las inversiones extranjeras, que incorpora el Capítulo XIV del T MEC (USMCA) y sus anexos, firmado por los presidentes de Canadá, EE UU y México, a fines de 2018, que reemplazará y será (en caso ser aprobado por los Congresos nacionales) el instrumento internacional que norme las relaciones de comercio internacional e inversiones en América del Norte, con algunas salvedades que se detallarán.

A este efecto se exponen algunos elementos del Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), en vigor desde 1994, como también determinados puntos clave en la negociación que se plantearon por las partes, y luego, cómo aquellos postulados se tradujeron en disposiciones concretas, en un contexto de cuestionamiento global del sistema de solución de disputas en materia de inversiones extranjeras, que demanda estar atento a cada uno de los compromisos que los Estados adopten atendido que, en la actualidad, no existe un modelo único para abordar estos complejos asuntos.

Palabras Clave: INVERSIÓN EXTRANJERA–TLCAN–T MEC– ARBITRAJE DE INVERSIONES–AMÉRICA DEL NORTE.

Abstract: Some changes that the T–MEC incorporates, in terms of foreign investments, in relation to the provisions of Chapter XI of the NAFTA

* Profesor asistente del Departamento de Derecho Económico de la Universidad de Chile. El presente trabajo ha sido realizado en el marco de las actividades del programa de doctorado en Derecho que actualmente cursa en la Universidad Complutense de Madrid, patrocinado por el programa Becas Chile, de Conicyt y por la política de perfeccionamiento académico en el extranjero de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Arbitraje, vol. XII, n° 1, 2019, pp. 167–179
ISSN 1888–5373
DOI 10.19194/arbitrajeraci.12.01.06

The present work seeks to expose, in a succinct and schematic manner, some changes in the regulation of foreign investments, which incorporates Chapter XIV of the TMEC (USMCA) and its annexes, signed by the presidents of Canada, the United States and Mexico, at the end of 2018, which will replace and will be (if approved by the national Congresses) the international instrument that regulates the relations of international trade and investments in North America, with some exceptions that will be detailed.

For this purpose, some elements of Chapter XI of the North American Free Trade Agreement (NAFTA), in force since 1994, are exposed, as well as certain key points in the negotiation that was raised by the parties, and then, how those postulates were translated into concrete provisions, in a context of global questioning of the system of settlement of disputes regarding foreign investment, which demands attention to each of the commitments that the States should take into account that, at present, there is no single model to address these complex issues.

Keywords: FOREIGN INVESTMENT– NAFTA– USMCA– INVESTMENT ARBITRATION– NORTH AMERICA.

I. Consideraciones introductorias

1. Las inversiones extranjeras en el contexto actual

En un contexto global de cuestionamiento del sistema de solución de controversia inversionista Estado¹ (ISDS)², que ha provocado diferentes propuestas acerca de su reformulación, el Capítulo de inversiones del TMEC³, firmado el pasado 30 de noviembre, por los Presidentes de Canadá, EE UU y México, se ha hecho cargo de algunos puntos, buscando aclarar ciertos asuntos, excluyendo determinadas causales y fijando determinadas exigencias previas para acudir a ese mecanismo de arreglo de disputas.

2. El nuevo Tratado firmado en 2018

El controvertido acuerdo de 2018⁴ –del cual no hay consenso ni siquiera acerca de su denominación⁵– entrará en vigor⁶ el primer día del tercer mes siguiente a

¹ Vid. P. Martínez Fraga, “Apuntes sobre la necesidad de armonizar el principio de protección de la inversión extranjera con el concepto de soberanía regulatoria del Estado en el arbitraje internacional: una oportunidad para forjar jurisprudencia transnacional”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 4, n° 2, 2011, pp. 383–403; A. Fernández Pérez, “La necesaria adaptación de los acuerdos internacionales de inversiones y del arbitraje de inversiones al ‘desarrollo sostenible’”, *Desarrollo sostenible en el siglo XXI: Economía, sociedad y medio ambiente*, Madrid, Iprolex, 2016, pp. 87–123; J. Gallegos Zúñiga y R. Polanco Lazo, “Régimen de inversiones (intra) regionales en la Alianza del Pacífico y en el Mercosur, una aproximación comparativa”, *Revista Internacional Consinter de Derecho*, n° 7, 2018, pp. 415–438; E. De Brabandere, “(Re)calibration, Standard–Setting and the Shaping of Investment Law and Arbitration”, *Boston College L. Rev.*, vol. 59, n° 8, 2018, pp. 2607–2634.

² *Investor –State Dispute Settlement*

³ Tratado entre México, EE UU y Canadá.

⁴ Vid. C. Soto Crespo, “A Mexican Outlook on NAFTA, TPP and Their Renegotiation: Investment Arbitration’s Transparency and International Supervision at Peril”, *Houston J. Int’l L.*, vol. 40, n° 3, 2018, pp. 973–979.

⁵ En EE UU se le designa como USMCA (*United States –Mexico –Canada Agreement*), en Canadá como CUSMA (*Canada –United States –Mexico Agreement*), y en México, como TMEC (Tratado México – EE UU –Canadá). Nosotros seguiremos este último calificativo.

⁶ De acuerdo con el N° 2 del Protocolo, en concordancia con lo previsto en el art. 34.5 del TMEC.

que los tres Estados parte se hayan notificado mutuamente que han completado los procedimientos internos necesarios para ello, sustituyendo –mediante la preceptiva de su Capítulo XIV y sus anexos– a la normativa del Capítulo XI del TLCAN, en vigor desde 1994, en lo referente a inversiones.

3. *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en vigor desde 1994*

El TLCAN tuvo entre sus objetivos⁷ generar un entorno predecible a la inversión, promoviendo e incrementando sus oportunidades transfronterizas, procurando, asimismo, métodos eficaces para solución de diferencias que se promuevan sobre la materia⁸. Al efecto, debe tenerse en cuenta que ése y los demás fines del acuerdo sirven para interpretar las disposiciones del tratado, de conformidad con las normas de Derecho internacional público, apuntando con ello a la regulación del GATT y por los principios del comercio internacional generalmente aceptados⁹.

Sin embargo, el sistema creado –considerado, por algunos, como una de las más fuertes combinaciones de derechos y recursos conferidos al inversionista extranjero a nivel mundial¹⁰– ha sido catalogado como una amenaza a la soberanía de los Estados parte, especialmente en atención al menoscabo que supondría en la posibilidad de regular asuntos de interés público¹¹, especialmente en materia medioambiental. Críticas que, a la par, se unen al cuestionamiento acerca de la legitimidad de los paneles arbitrales para evaluar materias resueltas por diferentes instancias administrativas, e incluso, judiciales locales¹².

⁷ Art. 102.1º TLCAN.

⁸ D. Price, “An Overview of the NAFTA Investment Chapter: Substantive Rules and Investor –State Dispute Settlement”, *The International Lawyer*, vol. 27, n° 3, 1993, p. 727.

⁹ J.C. Fernández Rozas, “Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el Derecho internacional privado”, *Iberoamérica ante los procesos de integración. Actas de las XVIII Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, BOE, 2000, p. 181.

¹⁰ P. Dumberry, “The NAFTA Investment Dispute Settlement Mechanism. A Review of the Latest Case Law”, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 2, n° 1, 2001, p. 151; N. Gal –Or, “Private Party Direct Access: A Comparison of the NAFTA and the EU Disciplines”, *Boston College Int’l & Comp. L. Rev.*, vol. 21, n°1, 1998, pp. 26–27; D. Price, *loc. cit.*, p. 736; H. Endsley, “Dispute Settlement under the CFTA and NAFTA: From Eleventh –Hour Innovation to Accepted Institution”, *Hastings Int’l & Comp. L. Rev.*, vol. 18, n° 5, 1995, pp. 686–688.

¹¹ *Id.* E. Trujillo, “Balancing Sustainability, the Right to Regulate, and the Need for Investor Protection: Lessons from the Trade Regime”, *Boston College L. Rev.*, vol. 59, n° 8, 2018, pp. 2758–2761; P. Tran, “A Review of NAFTA Investor–State Dispute Settlement Claims from 2007 to 2017”, *Law and Business Review of the Americas*, vol. 22, n° 4, 2016, p. 435; S. McBride, “Reconfiguring Sovereignty: NAFTA Chapter 11 Dispute Settlement Procedures and the Issue of Public –Private Authority”, *Canadian Journal of Political Science*, vol. 39, n° 4, 2006, pp. 755–775; D. Gantz, “The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States – Chile Free Trade Agreement”, *Am. Univ. Int’l L. Rev.*, vol. 19, n° 4, 2004, pp. 685–688; T. Gutiérrez Haces, “La inversión extranjera directa en el TLCAN”, *Economía UNAM*, vol. 1, n° 3, 2004, pp. 48–52; P. Martínez Fraga, *loc. cit.*, pp. 399–400.

¹² A. Afilalo, “Ambiguity and Legitimacy: Judicial (Re)Construction of NAFTA Chapter 11”, *Northwestern J. Int’l L. & Bus.*, vol. 25, n° 2, 2005, pp. 297–314.

Como se sabe, el que se reconozcan las potestades regulatorias de los Estados no es un tema que sólo preocupe a los Estados parte del TLCAN, pues ésta es una prerrogativa que, a la luz de cómo se han desenvuelto las controversias ISDS, en diferentes áreas del orbe, se levantan como tema de especial atención de países de América Latina, Asia, Oceanía y también Europa¹³.

II. Algunas diferencias relevantes del T MEC

1. Consideraciones previas durante la negociación

EE UU, al encarar las negociaciones del nuevo acuerdo, entre otros aspectos, indicó que se buscaba¹⁴:

— Mejorar los procedimientos para resolver controversias en este ámbito, procurando que los árbitros actúen con imparcialidad e independencia, habilitándolos para desestimar demandas frívolas, proporcionando, además, a los Estados parte del acuerdo, la posibilidad de garantizar su coherencia y correcta interpretación;

— Asegurar que las audiencias en que se ventilen las controversias estén abiertas al público, como también todos los documentos relacionados con ello¹⁵, con salvedades puntuales;

— Garantizar a los inversionistas estadounidenses derechos y prácticas legales presentes en ese país y que los inversionistas de los demás Estados parte no reciban un mejor trato que los inversionistas locales en EE UU¹⁶.

Canadá por su parte, también hizo presente algunas prevenciones previas, indicando que era de su interés que las negociaciones siguieran los lineamientos del CETA, buscando, entre otros puntos, que se integrasen disposiciones ambientales mejoradas para garantizar que ninguno de los Estados parte debilite la protección en ese plano para atraer inversiones¹⁷; que se brinde mayor

¹³ I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, “El capítulo sobre inversiones del Acuerdo Económico y Comercial Global de la Unión Europea y Canadá (CETA): análisis crítico de una iniciativa inacabada”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. X, n° 1, 2017, pp. 69–72.

¹⁴ Vid. O. Cruz Barney y C. Reyes Díaz, “El T-MEC/USMCA: Solución de controversias, remedios comerciales e inversiones”, *Opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional del IJJ UNAM*, serie 1, 2018, p. 15.

¹⁵ Debe tenerse en cuenta que el art. 14. D.8 del T MEC (Anexo 14 D) es el encargado de abordar la transparencia del proceso de solución de controversias. Por otra parte, no puede dejar de mencionarse que respecto del TLCAN, la nota interpretativa de la Comisión de Libre Comercio del 31 julio 2001 expresó, en los sustantivos que: Nada de lo dispuesto en ese acuerdo impone una obligación general de confidencialidad para las partes contendientes en un arbitraje al amparo del capítulo XI, ni impide a las Partes otorgar acceso al público a documentos presentados ante un tribunal constituido conforme al capítulo XI o expedidos por él, con determinadas excepciones puntuales (vid. http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/commission/ch11understanding_s.asp).

¹⁶ C. Soto Crespo, *loc. cit.*, p. 976.

¹⁷ Vid. O. Cruz Barney y C. Reyes Díaz, *loc. cit.*, pp 17–18.

transparencia a los procesos relacionados con estos asuntos¹⁸, como también, instar a que se establezca un tribunal permanente que conozca las controversias de inversión¹⁹.

El objetivo de México en la negociación del T MEC, en la materia de que se trata, fue alcanzar un acuerdo que apoye el libre flujo de inversión, con reglas estables y claras que generen certeza para los inversores²⁰, configurando a ese país como un destino seguro y atractivo para las inversiones²¹.

2. Algunos temas en que se presentan modificaciones

A) ¿Qué debe entenderse por “inversión”?

Frente a la amplitud²² con que se aborda este término en el TLCAN²³ –lo cual generó una serie de cuestionamientos²⁴– la nueva normativa del T MEC²⁵ ha dado lugar para que se entienda²⁶ que, de acuerdo con los nuevos requisitos fijados en este ámbito, se estaría fijando el término “inversión” con arreglo a

¹⁸ Debe tenerse presente que, a esta fecha, de los tres Estados partes del T MEC, solamente Canadá, ratificó y tiene en vigor la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, de 2014, conocida como Convención de Mauricio sobre transparencia.

¹⁹ W. Dobson, J. Tory y D. Trefler, “NAFTA Modernization: A Canadian Perspective”, *A Path Forward for NAFTA*, Washington, Peterson Institute for International Economics, 2017, p. 43.

²⁰ C. Soto Crespo, *loc. cit.*, p. 977.

²¹ A. Ortiz Mena, “Toward a Positive NAFTA Renegotiation: A Mexican Perspective”, *A Path Forward for NAFTA*, Washington, Peterson Institute for International Economics, 2017, p. 26.

²² *Vid.* D. Price, *loc. cit.*, pp. 727–728.

²³ De acuerdo con el art. 1139 del TLCAN “inversión” significa; (a) una empresa; (b) acciones de una empresa; (c) instrumentos de deuda de una empresa: (i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o (ii) cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres años, pero no incluye una obligación de una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento; (d) un préstamo a una empresa, (i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o (ii) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años, pero no incluye un préstamo a una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento; (e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa; (f) una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que éste no derive de una obligación o un préstamo excluidos conforme al incisos (c) o (d); (g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y (h) la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte, entre otros, conforme a: (i) contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de otra Parte, incluidos, las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano, o (ii) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa;

²⁴ T. Gutiérrez Haces, *loc. cit.* p. 45. En efecto, ha llegado a afirmarse que, de acuerdo con la preceptiva enunciada, casi cualquier individuo que realice cualquier tipo de negocio en un país miembro está cubierto por las disposiciones del capítulo en análisis (*cf.* A. Afilalo, *loc. cit.* p. 290).

²⁵ Art. 14.1 T MEC.

²⁶ O. Cruz Barney y C. Reyes Díaz, *loc. cit.*, p. 51.

los criterios del *test de Salini*²⁷, según el cual, estamos ante una inversión si concurren los siguientes requisitos:

- Compromiso sustancial.
- Duración en la ejecución del contrato.
- Ingresos y beneficios regulares.
- Riesgos involucrados en la inversión.
- Contribución importante en el Estado receptor.

B) Trato Nacional y Trato Nación Favorecida

Mientras el TLCAN²⁸ dispone que cada Parte debe otorgar a los inversionistas (y a las inversiones) de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, “en circunstancias similares”, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones, sin precisar qué debe entenderse por “circunstancias similares”, el T MEC²⁹ ordena tener en cuenta –para estos efectos– los objetivos legítimos de bienestar público, prevención que también se formula en materia de Trato Nación más favorecida³⁰, resguardando con ello las atribuciones de las autoridades que miran a la protección del bienestar general.

Ahora bien, aun cuando pareciera que se precisa el alcance, con base a la terminología empleada, cabe preguntarse qué debe entenderse por “objetivos legítimos” de bienestar público.

C) Trato Justo y Equitativo

Mientras el TLCAN³¹, mediante una controvertida disposición³², prescribe que cada una de las Partes debe otorgar a las inversiones de los inversionistas de la otra, un trato acorde con el Derecho Internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas, el T MEC³³ indica que cada Parte debe otorgar a las inversiones cubiertas un tratamiento de acuerdo con

²⁷ Vid. A. Grabowski, “The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini”, *Chicago J. Int'l L.*, vol. 15, n° 1, 2014, pp. 287–309.

²⁸ Arts. 1102.1 y 1102.2 del TLCAN.

²⁹ Art. 14.4.4 T MEC.

³⁰ Art. 14.5.4 T MEC.

³¹ Art. 1105 TLCAN. Debe tenerse en cuenta que este precepto fue objeto de una Nota interpretativa de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, de 31 julio 2001, conforme a la cual, esa disposición no exige un nivel de trato adicional o superior al nivel mínimo de trato a extranjeros que brinda el derecho ‘consuetudinario’ internacional. Añadiendo que el hecho de que se determine que hubo una infracción de otra cláusula del TLCAN o de otro acuerdo internacional no implica, de por sí, que se haya infringido ese derecho del inversionista. Vid. http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Commission/CH11understanding_s.asp.

³² P. Tran, *loc. cit.*, p. 437; A. Afilalo, *loc. cit.*, pp. 297–300.

³³ Art. 14.6.1 T MEC.

los procedimientos habituales del Derecho internacional “consuetudinario”, incluido el trato justo y equitativo y la plena protección y seguridad.

A tal efecto, se señala³⁴ que el Derecho Internacional consuetudinario es el que emana de una práctica general y consistente de los Estados, que se desprenden de un sentido de obligación legal. Añadiendo que el estándar mínimo de trato internacional de extranjeros para el derecho consuetudinario apunta a todos los Principios de Derecho Internacional que protegen las inversiones de los extranjeros.

Además, se precisa³⁵ que los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un tratamiento adicional o superior al requerido por esa norma, sin crear derechos sustantivos adicionales, indicando que este deber comprende: no negar la justicia en lo criminal y procedimientos judiciales civiles o administrativos de conformidad con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; añadiendo, que la “protección y seguridad plena” requiere que cada Parte proporcione el nivel de protección de policía exigida por el Derecho Internacional consuetudinario. Del mismo modo, se consigna que una violación de otra disposición del Acuerdo, o de otro instrumento internacional diferente, no implica que haya habido una violación de este artículo³⁶.

También se expresa³⁷ que el mero hecho de que una Parte tome o no tome una medida que pueda ser inconsistente con las expectativas³⁸ de un inversionista³⁹ no constituye un incumplimiento de ese precepto, incluso si ello provoca una pérdida o daño a la inversión cubierta. Por consiguiente, las expectativas del inversionista ya no resultan un factor crucial e indispensable para ponderar si se ha incurrido en una infracción al trato justo y equitativo, siguiendo con ello una línea que excluía este elemento en su configuración, como se verifica también, entre otros instrumentos, en el CETA⁴⁰.

Ahora bien, aun cuando se buscó brindar elementos que delimiten el trato justo y equitativo, a juicio de un sector, ello se hizo de un modo poco satisfactorio, con muchas imprecisiones, sin circunscribir efectivamente el concepto⁴¹.

Con todo, la principal innovación en la materia, con respecto al TLCAN es que con el T MEC una infracción a estos deberes del Estado receptor, no habilitan al inversionista para acudir al ISDS “general” entre México y EE UU⁴², a menos que se trate de aquellos “contratos gubernamentales cubiertos”, que se

³⁴ Anexo 14 A T MEC.

³⁵ Art. 14.6.2 T MEC.

³⁶ Art. 14.6.3 T MEC.

³⁷ Art. 14.6.4 T MEC.

³⁸ Sobre este particular, bajo el marco del TLCAN, en el caso *Metalclad v. EE UU Mexicanos* (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1), se indicó que el Estado receptor debe brindar a las inversiones internacionales un tratamiento que no afecte, en lo básico, a las “expectativas” que fueron tomadas en cuenta por el inversionista extranjero para efectuar la inversión.

³⁹ Vid. delimitación que se da a las “expectativas” también en materia de expropiación indirecta.

⁴⁰ Vid. E. De Brabandere, *loc. cit.*, pp. 2622–2625.

⁴¹ O. Cruz Barney y C. Reyes Díaz, *loc. cit.*, p. 53.

⁴² Art. 14. D. 3.1.a). i) B) del T MEC.

contemplan en el numeral sexto del Anexo 14 E⁴³ (petróleo y gas natural, servicios de generación de energía, telecomunicaciones, transporte e infraestructura), con lo cual la relevancia práctica que va a tener esta figura va a ver mermada.

D) Expropiación indirecta

La expropiación indirecta a la cual se aludía sin mayores restricciones ni conceptualizaciones en el TLCAN (como “medida equivalente a expropiación”) ⁴⁴, generando diversas lecturas ⁴⁵, en el T MEC ⁴⁶ se le encuadra, señalando que ella importa una acción o serie de acciones de una Parte que tiene un efecto equivalente a una expropiación sin transferencia formal de título o incautación total.

A su vez, la determinación de si una acción o serie de acciones de una Parte, en una situación de hecho, constituye una expropiación indirecta, requiere una investigación, caso por caso, basada en hechos que considere, “entre otros” factores ⁴⁷:

i) el impacto económico de la acción del Gobierno, precisando que, aunque una acción o serie de acciones de una Parte tengan un efecto adverso sobre el valor de una inversión, por sí sola, no determina que se ha verificado una expropiación indirecta,

ii) la medida en que la acción del Gobierno interfiere con las “expectativas razonables” puestas en la inversión ⁴⁸, y

iii) el carácter de la acción del Gobierno, incluido su objeto, contexto e intención.

Además, se establece ⁴⁹ que las medidas reglamentarias no discriminatorias de una Parte, diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de

⁴³ Sobre este particular, debe tenerse en cuenta que el numeral 2.a) i) del anotado Anexo 14 E habilita para emplear el sistema arbitral inversionista/Estado, invocando como causa a pedir a cualquier obligación del Capítulo 14 del T MEC, comprendiendo, entonces, al trato justo y equitativo, como también a la expropiación indirecta, que se excluyen del ámbito “general” del Anexo 14 D.

⁴⁴ Art. 1110 del TLCAN. Debe tenerse presente que, en otros instrumentos internacionales posteriores al TLCAN, dadas las interrogantes que dejaba este término buscaron precisar y acotar su alcance, así, por ejemplo, puede apreciarse en el punto 4 del Anexo 10 D del Tratado de Libre Comercio entre Chile y EE UU, firmado el año 2003 (vid. T. Gutiérrez Haces, *loc. cit.* p. 39).

⁴⁵ J. Schott, y C. Cimino Isaacs, “Updating the North America Free Trade Agreement”, *A Path Forward for NAFTA*, Washington, Peterson Institute for International Economics, 2017, p. 84; P. Tran, *loc. cit.*, pp. 437–438, 446; T. Gutiérrez Haces, *loc. cit.*, pp. 40–43; A. Afilalo, *loc. cit.* pp. 301–302.

⁴⁶ Art. 14.8 y Anexo 14 –B del T MEC.

⁴⁷ Anexo 14 B. 3. a) del T MEC.

⁴⁸ Precizando, en nota al pie, que las “expectativas” puestas en la inversión de un inversionista serán razonables, en la medida en que sea pertinente, de acuerdo con factores tales como si el gobierno proporcionó al inversionista garantías escritas vinculantes; la naturaleza y alcance de la regulación gubernamental o el potencial para la regulación gubernamental en el sector relevante.

⁴⁹ Anexo 14 B. 3. b).

bienestar público, como la salud, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen expropiaciones indirectas, salvo en raras circunstancias.

Por su parte, en lo que atañe a la exigibilidad de esta figura, al igual que lo que ocurre con el trato justo y equitativo, el reclamar una expropiación indirecta queda excluida del ISDS “general” del Anexo 14 D⁵⁰ (entre México y EE UU), a menos que se trate de aquellos contratos gubernamentales cubiertos del Anexo 14 E⁵¹.

E) Prevenciones regulatorias “generales/especiales”

Además de lo ya mencionado en los apartados de trato nacional, trato nación más favorecida, trato justo y equitativo y expropiación indirecta, el T MEC⁵² busca asegurar y reafirmar estas atribuciones estatales⁵³, indicando que nada de ese Capítulo debe interpretarse de modo que impida que una Parte adopte, mantenga, o haga cumplir cualquier medida (consistente con ese Capítulo), que considere apropiado para garantizar que la actividad de inversión en su territorio se lleve a cabo de manera sensible al medio ambiente, “la salud, la seguridad, u otros objetivos regulatorios”.

F) Mecanismos procedimentales para impugnar una infracción al T MEC

Se establece que un inversionista solo puede presentar una reclamación de arbitraje conforme al capítulo de inversiones, según lo dispuesto en el Anexo 14-C (Reclamaciones de inversión heredadas y reclamaciones pendientes)⁵⁴, el Anexo 14-D (Disputas sobre inversiones en México-EE UU), o en el Anexo 14-E (Disputas relacionadas con contratos gubernamentales de inversión cubiertos en México-EE UU)⁵⁵.

⁵⁰ Art. 14. D. 3.1.a). i) B) del T MEC.

⁵¹ Anexo 14 E. 6.

⁵² Art. 14.16 del T MEC.

⁵³ O. Cruz Barney y C. Reyes Díaz, *loc. cit.*, p. 44.

⁵⁴ La solución de controversias de inversiones bajo el ámbito del TLCAN se desarrolla a través de mecanismos multilaterales preexistentes ajenos a su estructura propia, el Centro Internacional para la Solución de Diferencias sobre Inversiones (CIADI), del Banco Mundial y las Reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sin que se hayan creado tribunales permanentes que conozcan de estos asuntos. En la práctica, el mecanismo de resolución de disputas del Capítulo 11 del TLCAN, previsto entre los artículos 1115 y 1139, funciona del siguiente modo: si un inversionista estima que una parte del acuerdo ha incumplido las obligaciones de tal capítulo, puede presentar una reclamación ante la sección nacional correspondiente. Una vez ocurrido lo anterior, las partes contendientes deben intentar, en primer término, resolver la reclamación mediante consulta o negociación (art. 1118 del TLCAN). Luego, si el asunto no se aborda o resuelve en un plazo de seis meses, el inversionista puede solicitar que su reclamo sea arbitrado por un tribunal *ad hoc* (art. 1120 del TLCAN), mediante los referidos sistemas del CIADI o de CNUDMI, renunciando a su derecho de iniciar o continuar cualquier otro procedimiento de solución de controversias que tuviere disponible (art. 11121 TLCAN). El derecho aplicable a la controversia es aquel emanado de ese propio instrumento y de las “reglas aplicables del Derecho Internacional” (art. 1131 TLCAN).

⁵⁵ Art. 14.2.4 T MEC.

De este modo, más allá de las inversiones heredadas del TLCAN, tratadas en el referido Anexo 14 C del T MEC (que expiran tres años después de la terminación de la vigencia del TLCA⁵⁶), se elimina el sistema ISDS para los asuntos relacionados con Canadá, ya sea que este país actúe como Estado receptor de la inversión o Estado de origen de los inversionistas⁵⁷. Sin embargo, debe advertirse que la relación de Canadá con México es susceptible de someterse al mecanismo ISDS, con arreglo a las disposiciones del Capítulo 9 del Tratado Integral y Progresista de Integración Transpacífico, en vigor para estos Estados desde el 30 diciembre 2018. Luego, en lo que atañe a la relación entre EE UU y México, debe tenerse en cuenta que el sistema ISDS del TLCAN, puede ser invocado por un lapso de tres años luego de la entrada en vigor del T MEC⁵⁸. Con posterioridad a ello, las controversias entre sujetos que provengan de estas dos partes quedarán reguladas por lo previsto en el Anexo 14–D del T MEC, según el cual se requiere que el inversionista agote, previamente, los mecanismos internos nacionales del Estado receptor⁵⁹ y haya transcurrido un lapso de 30 meses desde el inicio de tal procedimiento⁶⁰ o se haya emitido la decisión del tribunal de mayor jerarquía nacional⁶¹, a menos que las instancias nacionales sean manifiestamente inútiles o poco efectivas. Sobre este particular, se ha afirmado que esta exigencia gravosa que implica una gran carga para los inversores internacionales, quienes suelen tener la intención de pasar directamente su controversia al sistema de arbitraje⁶².

A su vez, debe tenerse en cuenta que el TLCAN⁶³ admite el empleo del mecanismo ISDS siempre que hayan transcurrido seis meses (no 30) desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación, sin requerir –tampoco– como condición el agotamiento previo de las instancias nacionales.

Por otra parte, bajo el T MEC⁶⁴, el inversor no podrá acudir al sistema del Anexo 14 D cuando hayan transcurrido más de cuatro años desde la fecha en que adquirió o debió haber adquirido conocimiento de la violación alegada⁶⁵.

⁵⁶ De conformidad con el n° 3 del Anexo 14 C del T MEC.

⁵⁷ Debe tenerse en cuenta que Canadá ha sido el país más demandado, mediante ISDS del TLCAN, durante la vigencia de este acuerdo, lo que ha generado un rechazo de este mecanismo en ese país. *Vid.* S. Sinclair, *Canada's Track Record under NAFTA Chapter 11, North American Investor –State. Disputes to January 2018*, Ottawa, Canadian Centre for Policies Alternatives, 2018.

⁵⁸ Anexo 14 C. 6 T MEC.

⁵⁹ A este respecto, se ha advertido la aparente contradicción o limitación en que quedarían los inversionistas norteamericanos a los cuales se les inhibe de iniciar un procedimiento arbitral si previamente han sometido el asunto al conocimiento de tribunales mexicanos, según lo dispuesto en el Apéndice 3 del T MEC, y el art. 5 del Anexo 14 D (*vid.* O. Cruz Barney y C. Reyes Díaz, *loc. cit.*, pp. 47–49).

⁶⁰ *Vid.* M. Dietrich Brauch, “Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law”, *IISD Best Practices Series*, 2017, pp. 1–29.

⁶¹ Art. 14.D.5 a) y Art. 14. D.5.b) T MEC.

⁶² M. O’ Casey, “Analysis: How the USMCA Changes Investor –State Dispute Resolution”, *Alternatives to the High Cost of Litigation*, vol. 36, n° 10, p. 153.

⁶³ Art. 1120 del TLCAN.

⁶⁴ Art. 14.D.5. c) T MEC.

⁶⁵ A este respecto, debe señalarse que el TLCAN (arts. 1116.2 y 1117.2) dispone que el inversionista no puede presentar una reclamación si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual

Luego, una vez que se verifiquen los requisitos para someter un asunto a arbitraje, es digno de destacar que el art. 14.D.3.3 del T MEC amplía las instancias arbitrales a las cuales se puede acudir más allá del CIADI y el sistema CNUDMI⁶⁶, al decir que el reclamante puede presentar una reclamación (con acuerdo del demandado) ante cualquier otra institución arbitral y bajo otras reglas, cualesquiera, de arbitraje.

G) Quehacer de los juzgadores

El T MEC⁶⁷ –haciéndose de un sensible vacío del TLCAN⁶⁸– establece determinados deberes relacionados con conflictos de interés de los árbitros, indicando que estos sujetos deben: a) Cumplir con las Directrices de la Asociación Internacional de Abogados sobre Conflictos de Intereses en el arbitraje internacional (...); (b) no recibir instrucciones de ninguna organización o gobierno con respecto a la disputa; y (c) durante la duración del procedimiento, no actuar como abogado o como experto designado por la parte o ser testigo de cualquier arbitraje pendiente conforme a los anexos de ese Capítulo.

III. Consideraciones finales

Como puede apreciarse de esta sumaria enunciación de innovaciones incorporadas en el T MEC, ese instrumento firmado en 2018, recogió variados cuestionamientos que, a lo largo de los años, se le han formulado al ISDS, manteniendo ese mecanismo (entre EE UU y México) pero acotando tanto las causales a pedir, delimitando algunos conceptos trascendentales y fijando relevantes exigencias habilitantes, que van en la línea de buscar un equilibrio en la relación entre inversionistas extranjeros y Estado receptor, como también, en la relación que se da entre inversionistas locales y extranjeros.

El Derecho de inversiones internacionales se encuentra girando hacia nuevos ejes, muchos de cuyos planteamientos, hace algunos años, fueron planteados por juristas provenientes de países de América Latina y Asia, criterios que hoy han hecho suyos Estados con mayores niveles de desarrollo que, en la disyuntiva de someter sus actuaciones administrativas y judiciales a tribunales arbitrales *ad hoc* han sentido que su soberanía se sienta menoscabada, lo cual ha ocasionado que diferentes transformaciones, en diferentes latitudes, vayan ganando terreno, todo lo cual exige que los operadores en estos asuntos tomen

tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrió pérdidas o daños.

⁶⁶ Debe tenerse en cuenta que, con arreglo al art. 1120 del TLCAN, un inversionista contendiente puede someter la reclamación a arbitraje (solamente) de acuerdo con: (a) el Convenio del CIADI, siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo; (b) 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 (c) las Reglas de Arbitraje de CNUDMI.

⁶⁷ Art. 14.D.6.5 T MEC.

⁶⁸ *Vid.* G. Horlick y A. De Busk, "Dispute Resolution under NAFTA. Building on the U. S. –Canada FTA, GATT and ICSID", *J. Int'l Arb.*, vol. 10, n° 1, 1993, pp. 54 –55.

conciencia de la configuración de otros lineamientos e impulsos en el orden económico internacional del siglo XXI.

Bibliografía

- AFILALO, A.: “Ambiguity and Legitimacy: Judicial (Re-)Construction of NAFTA Chapter 11”, *Northwestern J. Int’l L. & Bus.*, vol. 25, n° 2, 2005, pp. 279–314.
- CRUZ BARNEY, O. y REYES DÍAZ, C.: “El T-MEC/USMCA: Solución de controversias, remedios comerciales e inversiones”, *Opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional del IIJ UNAM*, serie 1, 2018, pp. 9–58.
- DE BRABANDERE, E.: “(Re)calibration, Standard-Setting and the Shaping of Investment Law and Arbitration”, *Boston College L. Rev.*, vol. 59, n° 8, 2018, pp. 2607–2634.
- DIETRICH BRAUCH, M.: “Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law”, *IISD Best Practices Series*, 2017, pp. 1–29.
- DOBSON, W., TORY, J. y TREFLER, D.: “NAFTA Modernization: A Canadian Perspective”, *A Path Forward for NAFTA*, Washington, Peterson Institute for International Economics, 2017, pp. 36–49.
- DUMBERRY, P.: “The NAFTA Investment Dispute Settlement Mechanism. A Review of the Latest Case-Law”, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 2, n° 1, 2001, pp. 151–195.
- ENDSLEY, H.: “Dispute Settlement under the CFTA and NAFTA: From Eleventh-Hour Innovation to Accepted Institution”, *Hastings Int’l & Comp. L. Rev.*, vol. 18, n° 5, 1995, pp. 659–711.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “La necesaria adaptación de los acuerdos internacionales de inversiones y del arbitraje de inversiones al ‘desarrollo sostenible’”, *Desarrollo sostenible en el siglo XXI: Economía, sociedad y medio ambiente*, Madrid, Iprolex, 2016, pp. 87–123.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: “Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el Derecho internacional privado”, *Iberoamérica ante los procesos de integración. Actas de las XVIII Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, BOE, 2000, pp. 151–192.
- GAL-OR, N.: “Private Party Direct Access: A Comparison of the NAFTA and the EU Disciplines”, *Boston College Int’l & Comp. L. Rev.*, vol. 21, n° 1, 1998, pp. 1–41.
- GALLEGOS ZÚÑIGA, J. y POLANCO LAZO, R.: “Régimen de inversiones (intra) regionales en la Alianza del Pacífico y en el Mercosur, una aproximación comparativa”, *Revista Internacional Consinter de Direito*, n° 7, 2018, pp. 415–438.
- GANTZ, D.: “The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States – Chile Free Trade Agreement”, *Am. Univ. Int’l L. Rev.*, vol. 19, n° 4, 2004, pp. 679–767.
- GRABOWSKI, A.: “The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini”, *Chicago J. Int’l L.*, vol. 15, n° 1, 2014, pp. 287–309.
- GUTIÉRREZ HACES, T.: “La inversión extranjera directa en el TLCAN”, *Economía UNAM*, vol. 1, n° 3, 2004, pp. 30–52.
- HORLICK, G. y DE BUSK, A.: “Dispute Resolution under NAFTA. Building on the U. S.–Canada FTA, GATT. and ICSID”, *J. Int’l Arb.*, vol. 10, n° 1, 1993, pp. 51–71.
- IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I.: “El capítulo sobre inversiones del Acuerdo Económico y Comercial Global de la Unión Europea y Canadá (CETA): análisis crítico de una iniciativa inacabada”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. X, n° 1, 2017, pp. 41–107.

- MCBRIDE, S.: "Reconfiguring Sovereignty: NAFTA Chapter 11 Dispute Settlement Procedures and the Issue of Public-Private Authority", *Canadian Journal of Political Science*, vol. 39, n° 4, 2006, pp. 755-775.
- MARTÍNEZ FRAGA, P.: "Apuntes sobre la necesidad de armonizar el principio de protección de la inversión extranjera con el concepto de soberanía regulatoria del Estado en el arbitraje internacional: una oportunidad para forjar jurisprudencia transnacional", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 4, n° 2, 2011, pp. 383-403.
- O'CASEY, M.: "Analysis: How the USMCA Changes Investor-State Dispute Resolution", *Alternatives to the High Cost of Litigation*, vol. 36, n° 10, pp. 152-154.
- ORTÍZ MENA, A.: "Toward a Positive NAFTA Renegotiation: A Mexican Perspective", *A Path Forward for NAFTA*, Washington, Peterson Institute for International Economics, 2017, pp. 24-35.
- PRICE, D.: "An Overview of the NAFTA Investment Chapter: Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement", *The International Lawyer*, vol. 27, n° 3, 1993, pp. 727-736.
- SCHOTT, J. y CIMINO ISAACS, C.: "Updating the North America Free Trade Agreement", *A Path Forward for NAFTA*, Washington, Peterson Institute for International Economics, 2017, pp. 69-90.
- SINCLAIR, S.: *Canada's Track Record under NAFTA Chapter 11, North American Investor-State Disputes to January 2018*, Ottawa, Canadian Centre for Policies Alternatives, 2018.
- SOTO CRESPO, C.: "A Mexican Outlook on NAFTA, TPP and Their Renegotiation: Investment Arbitration's Transparency and International Supervision at Peril", *Houston J. Int'l L.*, vol. 40, n° 3, 2018, pp. 937-1002.
- TRAN, P.: "A Review of NAFTA Investor-State Dispute Settlement Claims from 2007 to 2017", *Law and Business Review of the Americas*, vol. 22, n° 4, 2016, pp. 435-446.
- TRUJILLO, E.: "Balancing Sustainability, the Right to Regulate, and the Need for Investor Protection: Lessons from the Trade Regime", *Boston College L. Rev.*, vol. 59, n° 8, 2018, pp. 2735-2764.