

La protección de inversiones en el T-MEC

El capítulo XI del TLCAN, relativo a la inversión y todavía vigente, contiene dos apartados: 1) el “A”, referente a los derechos de los inversionistas y de las inversiones en territorios de las Partes del Tratado, y 2) el “B”, acerca de la solución de controversias por violaciones a derechos de inversión.

El actual T-MEC regula estos temas en el capítulo 14, según la versión en inglés, que es la que se ha distribuido recientemente, aunque con diversos anexos y apéndices que lo complementan.²⁴ De acuerdo con la postura institucional del gobierno mexicano,²⁵ en caso de que este Acuerdo entre en vigor, con este capítulo 14 prácticamente se “preserva el Capítulo XI, que permitirá defender las inversiones más importantes en las controversias Inversionista-Estado”.

La importancia de que la protección de inversiones esté contenida en un tratado es fundamental para el buen funcionamiento del mismo. Por un lado, el mensaje constante de los gobernantes radica en la importancia de atraer inversiones extranjeras que contribuyan al fortalecimiento de regiones y de áreas económicas nacionales mediante proyectos de infraestructura y desarrollo. Por otro lado, el generar confianza como país para que los grandes

²⁴ De acuerdo con la versión en inglés, el capítulo 14 contiene diecisiete rubros, anexos que van de la “A” a la “E” y tres apéndices incluidos en el Anexo 14-D, relativo a procedimientos en controversias entre México y Estados Unidos.

²⁵ “Mantener la certidumbre del comercio y las inversiones”, *Resultados de la modernización del acuerdo comercial entre México, Estados Unidos y Canadá*, disponible en: economia.gob.mx (fecha de consulta: 25 de octubre de 2018).

inversionistas extranjeros encuentren un nicho de oportunidad para el fortalecimiento de sus propios intereses resulta igualmente relevante.

Los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado (conocidos en inglés como ISDS)²⁶ son los que generan certidumbre para inversionistas que participan con sus proyectos en países ajenos a ellos, ya que siempre será preferible contar con procedimientos alternativos de solución de conflictos antes de litigar en las instancias nacionales.

El actual capítulo sobre inversión del T-MEC (USMCA en inglés) incluye algunas novedades que van en la misma sintonía de tratados recientes sobre protección recíproca de inversiones y también contiene cambios influenciados, en gran medida, por decisiones recientes que han dado un giro radical en beneficio de las facultades regulatorias estatales (véanse los casos *Philip Morris vs. Uruguay*²⁷ y *Eli Lilly vs. Canadá*).²⁸

Lo primero que hay que decir de esta reciente negociación es que, en caso de entrar en vigor el T-MEC, ésta será la primera ocasión en la que se establecen compromisos diferenciados para los tres socios comerciales, pues Canadá ha quedado excluida del procedimiento arbitral; es decir, los inversionistas canadienses podrán iniciar procedimientos de impugnación ante tribunales nacionales mexicanos y estadounidenses, mas no arbitrajes ISDS, así como tampoco inversionistas mexicanos y estadounidenses podrán iniciar arbitrajes contra violaciones canadienses a derechos de inversión.

La parte más débil del acuerdo alcanzado le corresponde a la relación entre Estados Unidos y Canadá, puesto que México y Canadá cuentan con el mecanismo arbitral en el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP), que se encuentra en vías de entrar en vigor.

²⁶ Esta sigla significa Investor-State Dispute Settlement.

²⁷ La decisión se encuentra disponible en: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/10/7>.

²⁸ La decisión está disponible en: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=UNCT/14/2>.

En lo que toca a los intereses bilaterales de Canadá y Estados Unidos, el TLCAN es hasta ahora el único vínculo internacional de protección de inversiones, aunque lo seguirá siendo al menos para los reclamos por violación de inversiones establecidas desde la entrada en vigor del TLCAN (1994) y hasta tres años posteriores a la entrada en vigor del T-MEC. A esta cláusula se le ha conocido en previos tratados como “cláusula del abuelo”, y en este caso también como la “cláusula legado”, que el T-MEC regula en el artículo 6o., inciso a, del Anexo 14-C.

Actualmente, en el marco del CIADI existen casos pendientes de decisión derivados de la aplicación del capítulo XI del TLCAN, dentro de los cuales no hay, en estos momentos, ningún caso en contra de Estados Unidos. Los casos pendientes son:

A. Contra Canadá:

- 1) Clayton/Bilcon.
- 2) Lone Pine Resources Inc.
- 3) Mobil Investments Canada Inc.
- 4) Resolute Forest Products Inc.
- 5) Tennant Energy, LLC.

B. Contra México:

- 1) Lion Mexico Consolidated LP.
- 2) B-Mex, LLC y otros.
- 3) Tele Fácil México.
- 4) Dal-Tile Corporation y Dal-Tile International.
- 5) Legacy Vulcan y Calizas Industriales del Carmen.
- 6) Oro Negro.

7) Vento Motorcycles.

8) Primero Mining Corp. (Aviso de Intención, empresa de Canadá).

Estas controversias no se verán afectadas por la entrada en vigor del T-MEC, como ya se dijo, al tiempo que todas las controversias que surjan en el lapso de tres años (artículo 3o. del Anexo 14-C), contados a partir de la fecha en la que quede sin efecto el TLCAN, podrán iniciarse bajo los auspicios del actual capítulo XI de este Tratado. Sólo después de ese plazo y bajo las condiciones del nuevo T-MEC, todas las controversias se tramitarán con las reglas del nuevo capítulo 14.

Las futuras controversias entre Canadá y Estados Unidos quedarán exceptuadas de este Tratado, como se señaló anteriormente. Respecto de las controversias entre Canadá y México (también antes referidas), se canalizarán por la vía del CPTPP, en tanto que las controversias entre México y Estados Unidos (Anexo 14-D) tienen ciertas reglas, tal y como se verá a continuación.

Agotamiento de la instancia nacional

El T-MEC requiere que los inversionistas agoten las instancias nacionales y, una vez hecho esto, deberán esperar treinta meses previo a solicitar el inicio del arbitraje, o bien tendrán que esperar la decisión del tribunal de mayor jerarquía nacional para solicitar el arbitraje, excepto cuando el recurso ante instancias nacionales sea manifiestamente inútil o no efectivo, de acuerdo con la interpretación de los propios tribunales nacionales.

Para la regla anterior existe una excepción, la cual refiere a controversias que hubieran resultado de contratos gubernamentales relacionados exclusivamente a determinados sectores descritos en el artículo 6o. del Anexo 14-E, que son:

- 1) Petróleo y gas natural.
- 2) Servicios de generación de energía.
- 3) Telecomunicaciones.
- 4) Transporte.
- 5) Infraestructura.

Las violaciones que se pueden reclamar serán sobre expropiación directa, así como sobre violación del trato nacional y del trato de nación más favorecida, excepto aquellas que tengan que ver con el establecimiento o adquisición de una inversión, lo que está expresamente excluido del Tratado.

*Disposiciones fork-in-the-road*²⁹

El Apéndice 3 del T-MEC contiene una disposición que limita el planteamiento de una misma controversia ante dos foros, y al mismo tiempo es una aparente contradicción respecto de agotar la instancia nacional, porque dispone que los inversionistas estadounidenses no someterán las disputas a arbitraje cuando México hubiera quebrantado una obligación de este capítulo si el inversionista o la empresa, respectivamente, hubiera alegado alguna violación de este capítulo ante tribunales o instancias administrativas de México.

La interpretación conjunta del Apéndice 3 y del artículo 5o. del Anexo 14-D parece una tarea complicada, al menos por ahora. Esta disposición, por otra parte, es unilateral contra violaciones mexicanas, pero no expresa nada respecto de reclamaciones de inversionistas

²⁹ Se entiende por el término *fork-in-the-road* las disposiciones por las que se prohíbe que una misma controversia se plantee ante dos foros distintos, lo que provocaría la posibilidad de dos decisiones contradictorias, por lo cual los tratados incluyen disposiciones que limitan dicha posibilidad.

mexicanos ante violaciones del gobierno estadounidense, lo que, según Bedrosyan,³⁰ significa una cláusula *fork-in-the-road* asimétrica, siendo la primera en su tipo para estos acuerdos comerciales. De acuerdo con este autor, dicha redacción no es fortuita, sino que se hizo con el más absoluto conocimiento de las diferencias de ambos sistemas jurídicos: el mexicano y el estadounidense.

Por mucho tiempo, desde que se suscribió el TLCAN, se ha hablado de las diferencias entre los sistemas jurídicos de los tres países, aunque el énfasis siempre ha sido por la forma en la que Estados Unidos y México incorporan el derecho internacional. Sobre esto, se ha dicho que, por el sistema monista mexicano, los tratados se incorporan al derecho nacional al momento de su ratificación y sin necesidad de ningún procedimiento de incorporación o interpretación posterior a la aprobación del Senado. Por su parte, Estados Unidos, debido a su sistema dualista, requiere de un acto posterior a la aprobación del tratado, consistente en la implementación de una ley que haga efectivas las obligaciones internacionales.

El elemento adicional que se incorpora con esta disposición del T-MEC consiste en que no era necesario que se incluyera una disposición espejo para reclamaciones de inversionistas mexicanos por violaciones de autoridades estadounidenses, ya que, de conformidad con el derecho estadounidense, los tratados se hacen efectivos por la vía ejecutiva, mas no por la judicial, a menos que concedan derechos particulares específicos, lo que no es muy común.

Derivado de lo anterior y en opinión de Bedrosyan, no es posible que inversionistas privados mexicanos pudieran llevar a los tribunales estadounidenses reclamaciones por violaciones al T-MEC, sino que tendrían que reclamar violaciones a la ley que lo implemente en los Estados Unidos, o bien ante instancias ejecutivas por la vía diplomática, como generalmente se hace con los procedimientos genéricos de solución de controversias del Tratado, que ya se vieron en la primera parte de este trabajo.

³⁰ Bedrosyan, Alexander, "The Asymmetrical Fork-in-the-Road Clause in the USMCA: Helpful and Unique", *Kluwer Arbitration Blog*, 29 de octubre de 2018, disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/29/usmca/> (fecha de consulta: 30 de octubre de 2018).

Por lo que se refiere a la materia de la controversia, las disposiciones *fork-in-the-road* implican que una controversia que surja de los mismos hechos y se plantee ante instancias nacionales y arbitraje simultáneamente no pueden prohibirse, ya que se trata de diferentes instancias, pues en una se revisa la violación de disposiciones nacionales y en otra se analiza la violación de un tratado.

Esta perspectiva es la que, de acuerdo con este mismo autor, se tomó en consideración para redactar estas disposiciones asimétricas, y como consecuencia de ello se prohíbe que los inversionistas estadounidenses que hubieran reclamado violaciones del T-MEC ante tribunales mexicanos lleven a cabo reclamaciones sobre violaciones del T-MEC ante arbitrajes de inversión, ya que entonces sí habría duplicidad de procedimientos. Esto no se hizo igual para inversionistas mexicanos, porque para ellos es imposible reclamar violaciones del T-MEC ante tribunales estadounidenses.

Plazo para iniciar controversias

El arbitraje del capítulo 14 del T-MEC tiene un plazo genérico para solicitarse (artículo 5o. del Anexo 14-D) de 48 meses (cuatro años), de los cuales se tienen que restar los treinta meses que deben de transcurrir para que los tribunales nacionales decidan en última instancia, suponiendo que se hubiera impugnado inmediatamente después de la violación jurídica, o bien que no hubieran decidido los tribunales pasado este periodo.

Si restamos estos treinta meses de requisito previo en instancias nacionales, el tiempo efectivo que le resta a los inversionistas para solicitar el arbitraje son dieciocho meses o año y medio, que representa la mitad del plazo que se tiene actualmente en el marco del capítulo XI del TLCAN para iniciar el procedimiento arbitral.

Esta regla de los treinta meses no se aplicaría para el caso de controversias que recaen en el ámbito de las excepciones del artículo 6o. del Anexo 14-E, ya que estos sectores especiales son directamente arbitrables, por lo que no es necesario agotar la instancia nacional y, en consecuencia, tampoco esperar los treinta meses referidos en el párrafo anterior.

Se mantienen tribunales ad hoc

Algo que ha sido parte del descrédito de este tipo de arbitrajes en los tiempos recientes es que todos estos procedimientos son *ad hoc*, lo que significa que se crean para resolver una controversia y desaparecen al resolverla o en cuanto termina el proceso por otras causas diferentes a la decisión (por ejemplo, desistimiento, discontinuar el proceso, desechamiento de las reclamaciones por motivos de jurisdicción), y una de las razones para este descrédito atiende a que los árbitros no se dedican a esto de tiempo completo, lo que provoca que puedan desempeñar cargos directivos en las empresas que luego son demandantes o peritos expertos, o sean servidores públicos de gobiernos demandados, y por ello se puedan crear conflictos de interés.

Ante esta circunstancia cada día más común, el T-MEC se acoge a los lineamientos en materia de conflictos de interés que regulan estas situaciones y limitan las disputas al constituirse tribunales arbitrales. Estos instrumentos, establecidos en el artículo 6.5 del Anexo 14-D, son referenciales para evitar problemas antes de constituir arbitrajes y que se dicten sus decisiones.

Estos problemas inherentes a los tribunales *ad hoc* ya se empiezan a resolver en otros tratados. Por ejemplo, el proceso de renegociación del Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea propone la inclusión de una corte permanente de arbitraje inversionista-Estado y, aunque actualmente enfrenta conflictos ante las instancias jurisdiccionales

européas sobre su congruencia con respecto al derecho europeo, representa un avance para eliminar la falta de institucionalidad de los arbitrajes actuales.

Concepto de inversión

Por lo que se refiere al concepto de inversión, el T-MEC adopta uno de los criterios más aceptados en esta clase de arbitrajes: el criterio Salini.³¹ Este criterio, aunque no es propiamente un precedente, tanto por la falta de autoridad de las decisiones arbitrales como porque no tiene total aceptación por la comunidad internacional, e incluso ha sido objeto de críticas, establece elementos muy precisos para determinar que una actividad concreta recae en el ámbito de la inversión y no de una comercial común.

De acuerdo con el criterio Salini, una inversión es aquella que supone:

- Un compromiso sustancial (aportaciones de capital).
- Cierta duración en la ejecución del contrato.
- Ingresos y beneficios regulares.
- Un elemento de riesgo (participación en los riesgos de la transacción).
- Contribución importante al desarrollo del Estado receptor.

El texto del capítulo 14 del T-MEC (artículo 14.1) hace alusión a este concepto, pero sin referirlo de manera expresa, al establecer que “investment means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk”.

³¹ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4. Decision on Jurisdiction (French Original: 129 Journal du droit international 196 [2002]) (English translation: 42 ILM 609 [2003], 6 ICSID Rep. 400 [2004]).

Estándar de trato mínimo

Este concepto, reconocido así porque intenta establecer un estándar mínimo conforme al derecho internacional, diferente del trato nacional y el de nación más favorecida, ya lo incluía el TLCAN en su artículo 1105, párrafo 1, de la siguiente forma: “1. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”.

La Comisión de Libre Comercio del TLCAN hizo una “interpretación” de este concepto en 2001.³² Entrecorramos la palabra “interpretación”, porque la misma fue objeto de muchas críticas, ya que dejó más dudas que claridad en sus conceptos. El artículo 14.6 del T-MEC recoge esta interpretación cuando dispone que “The concepts of «fair and equitable treatment» and «full protection and security» do not require additional treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights”.

La interpretación de la Comisión en 2001 decía textualmente:

B. Nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional

1. El artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte.
2. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridades plenas” *no requieren un trato adicional* al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste.
3. Una resolución en el sentido de que se haya violado otra disposición del TLCAN o de un acuerdo internacional distinto no establece que se haya violado el artículo 1105(1).

³² Disponible en: http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Commission/CH11understanding_s.asp.

Como puede verse, esta supuesta interpretación, en realidad, no define al trato conforme al derecho internacional ni tampoco al trato justo y equitativo o a la protección y seguridad plena de las inversiones. Lo único que dice es aquello que “no” incluye, lo cual deja muchas más dudas sobre el significado. De ahí que en los casos de *Mondev v. Estados Unidos*³³ y *Pope y Talbot v. Canadá*³⁴ se criticara más el hecho de promover una interpretación en medio de una controversia, como lo hizo Estados Unidos, y que esta interpretación podría considerarse más como una modificación *de facto* de las disposiciones del TLCAN, que casualmente sirvió para no sancionar a Estados Unidos en este conflicto.

Lo que hace ahora el T-MEC es incorporar esta deficiente interpretación, pero con las mismas limitaciones, ya que no alcanza a delimitar el concepto, el cual se mantiene sujeto a la interpretación de los tribunales.

El T-MEC incorpora, como tema no regulado en el TLCAN, el estándar de trato en caso de conflicto armado o social (artículo 14.7) para el caso de que las inversiones sufran daños o perjuicios. Con la garantía de protección y seguridad que debe proporcionar el Estado dentro de un margen razonable, el inversionista podrá reclamar la restitución de la situación al estado previo, una compensación económica o ambas, según corresponda y respecto del monto del daño o perjuicio, tal y como se establece en el párrafo 2 de este artículo.

Expropiación indirecta

Este concepto ha sido uno de los causantes de muchas polémicas en torno a estos arbitrajes. Se trata de un concepto incorporado en el artículo 1110 del TLCAN con el objetivo de evitar medidas que, sin ser expropiatorias de pleno derecho, podrían tener efectos similares

³³ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2 (2002).

³⁴ *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, UNCITRAL (2000).

que afecten los derechos de propiedad. A esta expropiación se le denominó desde entonces como expropiación de facto, expropiación indirecta y/o medidas equivalentes a la expropiación.

El artículo 1110, párrafo primero, del TLCAN dispone que

Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o *indirectamente*, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna *medida equivalente a la expropiación* o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:

- (a) por causa de utilidad pública;
- (b) sobre bases no discriminatorias;
- (c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y
- (d) mediante indemnización...

El T-MEC (artículo 14.8.1, en concordancia con el Anexo 14-B) retoma estas reclamaciones, pero las limita a un análisis caso por caso, sobre una base de hechos concretos, y exclusivamente en controversias relacionadas con relaciones contractuales de las cinco áreas económicas descritas en el artículo 6o. del Anexo 14-E, y sólo para controversias entre Estados Unidos y México.

En el análisis que realizará el tribunal arbitral para determinar la expropiación, se deberá considerar el impacto económico de la acción gubernamental, de acuerdo con el Anexo 14-B, aunque estas circunstancias no serán determinantes, ya que también debe de tomarse en cuenta el carácter de la acción gubernamental, incluyendo su objeto, contexto e intención, al igual que el alcance por el que la acción gubernamental interfiere con las expectativas delimitadas y razonables de los inversionistas.

Adicionalmente a lo anterior, para determinar la pertinencia de las expectativas legítimas, el T-MEC establece determinados factores de guía a considerar; por ejemplo, si el

gobierno ha garantizado mediante contratos seguros contra cambios regulatorios, o lo que se conoce comúnmente como “cláusulas de estabilización”, que buscan los inversionistas para garantizar que nuevos gobiernos no hagan transformaciones repentinas en perjuicio de inversiones consolidadas y de proyectos de largo plazo que requieren de estabilidad jurídica.

De conformidad con el artículo 14.6(4) del T-MEC, la violación del estándar de trato conforme al derecho internacional, en especial las acciones gubernamentales concretas en perjuicio de las expectativas legítimas, no constituirá expropiación indirecta, aunque se pueda comprobar daño y perjuicio de alguno de los sectores cubiertos.

Facultades regulatorias del Estado

Éste es uno de los temas más sensibles y que forma parte de la agenda de las versiones actuales de tratados de inversión y de capítulos de inversión en tratados de libre comercio.

Las frecuentes reclamaciones por violaciones al trato conforme al derecho internacional y contra medidas expropiatorias han provocado reacciones en torno a que los grandes montos reclamados por los inversionistas disuaden de acciones gubernamentales, tanto administrativas como legislativas, por las cuales se suponen violentados los derechos de inversión.

La queja frecuente de los gobiernos es que los derechos de inversión no pueden estar por encima de las facultades estatales, que persiguen objetivos legítimos de interés general. Ante estas circunstancias, el T-MEC incorpora el artículo 14.16, que regula la relación entre la inversión y los objetivos regulatorios en materia de salud, medio ambiente, seguridad y otros más que forman parte de disposiciones jurídicas y procedimientos regulatorios no uniformes de los socios del TLCAN.

La forma en la que el artículo 14.16 afronta esta protección es asegurando que las inversiones que se encuentren en territorio de las Partes se realicen en concordancia con los objetivos legítimos establecidos en este artículo.

Aunque corresponde a los tribunales hacer el análisis de la pertinencia de dichos objetivos por parte de las autoridades nacionales, las controversias recientes han dejado claro que uno de los parámetros para determinar esta pertinencia está en el terreno de la discriminación. Es decir, si la medida viola el trato nacional y el trato de nación más favorecida, entonces se estima que la medida podría considerarse como discriminatoria por proteger intereses de otros inversionistas y, por lo mismo, ajenos al objetivo legítimo que busca resguardar.

Transparencia

Los arbitrajes ISDS apuestan cada día más por la transparencia, no sólo de sus decisiones (aunque todavía se mantiene un alto porcentaje de decisiones que no se publican, hay avances significativos), sino también de los avisos de intención, la notificación de arbitraje, los alegatos, los memoriales y resúmenes, las actas de transcripciones de audiencias, las órdenes, decisiones y los laudos.

Las audiencias de estos arbitrajes han estado abiertas al público desde hace algunos años. El T-MEC deja expresamente este objetivo en el artículo 8o. del Anexo 14-D. El tribunal tiene la obligación de garantizar la protección de la información protegida o reservada, lo que podrá incluir limitaciones a la publicidad de documentos y audiencias, referidas anteriormente, como obligaciones del tribunal y de las partes en conflicto.