

## **La fecha límite para presentar reclamos bajo el TLCAN se está acercando, ¿cuáles son las alternativas de los inversionistas?**

Autores: Tomás Geuna y Ana Sofía Sapiña

Ciudad de México, a 19 de diciembre de 2022

Luego de más de 25 años, el 1 de Julio de 2020, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte ("TLCAN") fue sustituido definitivamente por el Tratado entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos y Canadá ("T-MEC").

Al igual que el TLCAN, este nuevo tratado prevé un mecanismo para que los inversionistas puedan hacer valer sus derechos afectados por el Estado anfitrión de la inversión. Este mecanismo de resolución de disputas mediante arbitraje Inversionista-Estado es denominado *ISDS* por sus siglas en inglés (*Investor State Dispute Settlement*).

No obstante ello, conforme lo dispuesto en el Anexo 14-C, aquellos inversionistas que hayan realizado su inversión durante el periodo que el TLCAN se encontraba en vigor, aún tienen la posibilidad de iniciar un reclamo al amparo de ese tratado por un plazo máximo de tres años desde que el T-MEC entró en vigor, *i.e.*, hasta el 1 de julio de 2023.

Sin embargo, existen ciertas consideraciones a las cuales los inversionistas deben prestar especial atención para iniciar sus reclamos

### ▪ **¿Quiénes están legitimados para iniciar estos reclamos?**

Conforme lo dispuesto por el T-MEC en su Anexo 14-C (6)(a), los legitimados serán aquellos inversionistas que tengan un reclamo relativo a una inversión existente.

Una inversión será considerada existente, en la medida que: (i) haya sido realizada por un inversionista extranjero en el territorio de otro estado parte; (ii) fuese establecida o adquirida entre el 1 de enero de 1994 y la fecha de terminación del TLCAN; y (iii) estuviese en existencia en la fecha de entrada en vigor del TMEC. Esta disposición no es aplicable para aquellos



inversionistas mexicanos y estadounidenses que sean elegibles para iniciar un arbitraje bajo el marco dispuesto para los contratos de gobierno cubiertos.<sup>1</sup>

Estos reclamos son de especial relevancia para los inversionistas canadienses, toda vez que Canadá no es parte del actual mecanismo *ISDS* y, por lo tanto, un inversionista canadiense únicamente podría iniciar reclamos contra México - no contra Estados Unidos - bajo el Tratado Integral y Progresista de la Asociación Transpacífico ("TIPAT"). Asimismo, esto resulta de interés para aquellos inversionistas estadounidenses, cuyas inversiones no se encuadren dentro del mecanismo previsto para los contratos de gobierno cubiertos.

- **¿Qué pasos deben tomar los inversionistas antes de iniciar su reclamo?**

Si bien el T-MEC otorga un plazo máximo de tres años para reclamos de inversiones existentes al amparo del TLCAN, existen pasos previos que deben ser ejecutados por los inversionistas para acceder a este régimen.

Conforme lo dispuesto en el artículo 1119 del TLCAN, el inversionista contendiente deberá notificar por escrito a la parte contendiente - el Estado anfitrión de la inversión - su intención de someter una reclamación a arbitraje, cuando menos 90 días antes de que se presente formalmente la reclamación.

Esta notificación de intención se constituye como un paso previo a la presentación de la solicitud de arbitraje, cuyo propósito es iniciar un período de "enfriamiento" entre el inversionista y el Estado, en el cual ambos deberán intentar alcanzar una solución amistosa que permita evitar el inicio del procedimiento arbitral.

Por lo cual, el plazo máximo para desencadenar el inicio de un procedimiento arbitral al amparo del TLCAN es el 1 de abril de 2023.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> El Anexo 14-E (6)(a) define a los contratos de gobierno cubierto como un acuerdo por escrito entre una autoridad nacional de una Parte del Anexo y una inversión cubierta o un inversionista de la otra Parte del Anexo; (II) en la cual la inversión cubierta o el inversionista se basa para establecer o adquirir una inversión cubierta distinta al acuerdo por escrito como tal, que otorga derechos a la inversión cubierta o al inversionista en un sector cubierto tal como petróleo, gas natural, energía, telecomunicación, transporte y/o infraestructura.

<sup>2</sup> Aquellos inversionistas que reclamen bajo el estándar de expropiación en relación con medidas impositivas deberán iniciar su procedimiento 6 meses antes del plazo máximo previamente indicado, *i.e.*, 2 de enero de 2023.

Los inversionistas deberán preparar un expediente completo de todos los documentos que evidencien las violaciones causadas por el Estado anfitrión y estar listos para presentar su notificación de intención como máximo el 1 de abril de 2023.

- **Principales diferencias entre el T-MEC y el TLCAN**

En lo que respecta a la materia procesal, a diferencia del TLCAN, el T-MEC requiere que antes de iniciar el arbitraje, los inversionistas deberán recurrir a los tribunales locales del Estado Anfitrión a fin de solucionar la disputa. De este modo, el inversionista deberá obtener una decisión final de un tribunal competente de última instancia o aguardar 30 meses desde el inicio de este proceso a fin de exponer que no han obtenido resolución en dicho plazo. Excepcionalmente, el inversionista podrá sortear este requisito en la medida que demuestre que recurrir a los recursos internos resultaría *obviamente* fútil.

En cuanto a los estándares de protección sustantivos, éstos han sido limitados en comparación con los previstos por el TLCAN. Los inversionistas pueden invocar reclamos bajo los estándares de Trato Nacional, Trato de Nación Más Favorecida -con un alcance limitado al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones - Expropiación Directa y Trato en Caso de Conflicto Armado o Contienda Civil. Por lo tanto, el T-MEC excluye la posibilidad de iniciar un reclamo bajo los estándares de Expropiación Indirecta y Mínimo Nivel de Trato, el cual incluye el estándar de Trato Justo y Equitativo.

Es importante recordar que lo anterior no resulta de aplicación para aquellos inversionistas con una inversión encuadrada dentro de los contratos de gobierno cubiertos.

El equipo de Arbitraje de Galicia tiene vasta experiencia asesorando a inversionistas extranjeros con un análisis amplio de tratados de libre comercio, definiendo estrategias para proteger y defender sus inversiones de la manera más amplia posible lo que asegura una gestión de casos eficiente y exitosa.

\* \* \*

*Este documento es un resumen con fines de divulgación exclusivamente. No constituye opinión alguna ni podrá ser utilizado ni citado sin nuestra autorización previa y por escrito. No asumimos responsabilidad alguna por el contenido, alcance o uso de este documento. Para cualquier comentario respecto al mismo, favor de dirigirse con cualquier socio de nuestra firma.*

