

## La fecha límite para presentar reclamaciones de inversiones existentes bajo el TLCAN se acerca. Es momento de que los inversionistas evalúen sus opciones

El tiempo apremia para los inversionistas canadienses y estadounidenses en México. El 1 de julio de 2023 marca el último día en que los inversionistas pueden presentar una solicitud de arbitraje bajo el capítulo de inversión del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN”). Sin embargo, para presentar una solicitud de arbitraje, los inversionistas deben presentar primero un aviso de intención 90 días antes del inicio del arbitraje, es decir, a más tardar el 1 de abril de 2023.

Por lo tanto, el primer trimestre de 2023 será crucial para los inversionistas extranjeros, ya que tendrán que analizar su situación y determinar si inician un procedimiento arbitral bajo una reclamación de inversiones existentes, al amparo del TLCAN o correr el riesgo de que dicho derecho precluya.

El Acuerdo entre Estados Unidos, México y Canadá (“T-MEC”) entró en vigor el 1 de julio de 2020, sustituyendo al TLCAN. No obstante, de acuerdo con el Anexo 14-C del T-MEC, los inversionistas podrán acudir al mecanismo de solución de controversias en materia de inversión del TLCAN para las “inversiones existentes” hasta tres años después de la fecha de terminación del TLCAN.<sup>1</sup> Esta disposición también se conoce como “cláusula de caducidad” o por su término en inglés, “*sunset clause*”.

Una inversión existente, es cualquier inversión realizada entre el 1 de enero de 1994 (fecha de entrada en vigor del TLCAN) y el 1 de julio de 2020 (fecha de su terminación).<sup>2</sup> Este periodo de tres años expirará el 1 de julio de 2023. A partir de esta fecha, los inversionistas que hayan realizado inversiones entre 1994 y 2020 ya no tendrán acceso al mecanismo de protección de las inversiones del TLCAN.

Esta fecha marcará un parteaguas para los inversionistas de la región. El mecanismo de resolución de controversias en materia de inversión del TLCAN ha tenido éxito hasta ahora. Hasta la fecha, se han presentado más de 76 demandas al amparo del Capítulo 11 del TLCAN: 30 contra Canadá, 27 contra México y 19 contra Estados Unidos.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> USMCA. Annex 14-C (3).

<sup>2</sup> USMCA. Annex 14-C (6)(a).

<sup>3</sup> Véase: *The United Nations Conference on Trade and Development, Investment Policy Hub, Investment Dispute Settlement Navigator*, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.

Por el contrario, aún no se ha iniciado un arbitraje de inversión en el marco del T-MEC, y hay al menos tres controversias existentes conocidas, que están pendientes en el marco del TLCAN,<sup>4</sup> con algunos otros avisos de intención ya presentados. Esto no es una coincidencia. Varios factores llevan a concluir que la protección de las inversiones bajo el TLCAN es más favorable que bajo el T-MEC:

En primer lugar, Canadá no firmó el mecanismo de solución de diferencias en materia de inversión del T-MEC. En consecuencia, el arbitraje de inversión bajo el T-MEC ya no estará disponible para **(i)** los inversionistas canadienses con inversiones en México o Estados Unidos y **(ii)** los inversionistas mexicanos y estadounidenses con inversiones en Canadá.

Las disputas de inversión entre inversionistas canadienses y México y entre inversionistas mexicanos en Canadá aún podrán resolverse en virtud de un tratado internacional distinto, el **Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (“TIPAT”)**. Sin embargo, Estados Unidos no es parte de este tratado, lo que implica que los inversionistas canadienses en Estados Unidos y los inversionistas estadounidenses en Canadá ya no tendrán acceso al arbitraje de inversión en contra del Estado en el que han invertido.

En segundo lugar, las disposiciones sustantivas y procesales en materia de protección de la inversión bajo el T-MEC tienen un alcance más limitado que las del TLCAN. Por ejemplo, a diferencia del Capítulo 11 del TLCAN<sup>5</sup>, el Capítulo 14 del T-MEC no permite a los inversionistas tradicionales someter a arbitraje reclamaciones relativas a expropiación indirecta y violaciones del nivel mínimo de trato.

Además, el T-MEC exige a los inversionistas que inicien un procedimiento ante un tribunal judicial o administrativo competente antes de iniciar un arbitraje. Los inversionistas deben demostrar que han obtenido una decisión final de un tribunal competente o que no han podido obtenerla tras 30 meses de litigio.<sup>6</sup> En cambio, el mecanismo de solución de controversias en materia de inversiones del TLCAN no contiene esta limitación.

Aunque los inversionistas con un “contratos de gobierno cubierto” bajo el T-MEC pueden tener una protección más amplia que los inversionistas normales, esta protección aún es menos favorable que la del TLCAN. Los contratos de gobierno cubierto sólo abarcan ciertos sectores en específico: petróleo y gas natural, suministro de energía, telecomunicaciones, transporte e infraestructura.<sup>7</sup>

Además, los inversionistas con contratos de gobierno cubiertos pueden presentar reclamaciones relativas a la violación del nivel mínimo de trato. Sin embargo, el tratado prevé que “el simple hecho de que una Parte tome u omita tomar una acción que pudiera ser incompatible con las expectativas del inversionista, no constituye una violación de este Artículo, incluso si como resultado de ello hay una pérdida o daño en la inversión cubierta”.<sup>8</sup>

El TLCAN no incluye esta redacción. Sin embargo, el 31 de julio de 2001, la Comisión de Libre Comercio emitió una nota de interpretación de algunas disposiciones del Capítulo 11 del TLCAN, en la que determinó que “los conceptos de ‘trato justo y equitativo’ y ‘protección y eguridades plenas’ no requieren un trato

---

4 Finley y otros v. México, First Majestic v. México, L1bero v. México, y; TC Energy y TransCanada v. USA (II).

5 TLCAN, Artículo 1105 (1) y 1120 (1).

6 Artículo 14.D.5: (1) (a). 1120 (1).

7 T-MEC. Anexo 14-E.

8 T-MEC. Artículo 14.6 (4).

adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste.”<sup>9</sup>

De manera similar, aun y cuando una inversión cubierta bajo el T-MEC está protegida contra la expropiación indirecta, los inversionistas deben probar que la medida del Estado destruyó el valor económico de la inversión, ya que el mero hecho de que una acción del Estado receptor “tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido”.<sup>10</sup> Las disposiciones del TLCAN no incluyen esta limitación expresa.

En conclusión, la expiración del plazo para presentar reclamaciones de inversiones existentes bajo el TLCAN puede afectar negativamente a los inversionistas extranjeros de la región, ya que el T-MEC no contiene el mismo nivel de protección. Consecuentemente, los inversionistas deben actuar con rapidez si tienen la intención de iniciar un procedimiento de arbitraje de inversiones basado en la cláusula de extinción del TLCAN.

Las áreas de solución de controversias, derecho público y corporativo de Von Wobeser y Sierra cuentan con amplio conocimiento y años de experiencia para ayudar a sus clientes a proteger sus inversiones de manera efectiva, a través de procedimientos nacionales e internacionales. Asimismo, nuestra área de Fusiones y Adquisiciones es experta en diseñar estructuras corporativas adecuadas que protejan nuevas inversiones extranjeras en el país a través de tratados internacionales.

---

<sup>9</sup> Véase: Comisión de Libre Comercio del TLCAN, Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11, 31 de julio de 2001, disponible en [http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/commission/ch11understanding\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/commission/ch11understanding_s.asp).

<sup>10</sup> T-MEC. Anexo 14-B (3) (a) (1).

Estaremos encantados de resolver cualquier duda sobre la protección de sus inversiones y el ejercicio oportuno de sus derechos bajo derecho nacional e internacional. Si necesitan información adicional, por favor contacten a:

**Claus von Wobeser**, Socio, Co-Líder de la Práctica de Arbitraje:

+52 (55) 5258-1011 | [cvonwobeser@vwys.com.mx](mailto:cvonwobeser@vwys.com.mx)

**Adrián Magallanes**, Socio, Co-Líder de la Práctica de Arbitraje:

+52 (55) 5258-1077 | [amagallanes@vwys.com.mx](mailto:amagallanes@vwys.com.mx)

**Montserrat Manzano**, Socia:

+52 (55) 5258-1000 | [mmanzano@vwys.com.mx](mailto:mmanzano@vwys.com.mx)

**Rodrigo Barradas**, Asociado:

+52 (55) 5258-1077 | [rbarradas@vwys.com.mx](mailto:rbarradas@vwys.com.mx)

**Jorge Vázquez**, Asociado:

+52 (55) 5258-1059 | [jvazquez@vwys.com.mx](mailto:jvazquez@vwys.com.mx)

A T E N T A M E N T E

VON WOBESER Y SIERRA, S.C.

Ciudad de México, 13 de enero de 2023.

*La información incluida en esta nota no constituye, ni pretende constituir, ni debe ser interpretada como asesoría legal sobre el tema o la materia aquí tratados. Por el contrario, esta nota tiene fines informativos de carácter general. Para obtener asesoría legal sobre un asunto en particular en relación con esta materia, favor de ponerse en contacto con alguno de nuestros abogados aquí mencionados.*



VON WOBESER Y SIERRA, S.C.

Paseo de los Tamarindos 60, 05120 Ciudad de México

+52 (55) 5258 1000

[vonwobeser.com](http://vonwobeser.com)