

## NAFTA's Closing Window: Investment Dispute Settlement Under the New United States-Mexico-Canada Agreement

OCTOBER 3, 2018

Este domingo los gobiernos de los Estados Unidos, México y Canadá anunciaron la conclusión de las renegociaciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)<sup>1</sup> y dieron a conocer un proyecto de tratado sustituto con el título preliminar de "Acuerdo Estados Unidos-México-Canadá (AEUMC), aún sujeto a ajustes no sustantivos.<sup>2</sup> El TLCAN permanecerá en vigor hasta que este nuevo texto sea firmado y se satisfagan los requisitos constitucionales internos de cada uno de los países firmantes, incluyendo la aprobación del Congreso de los Estados Unidos – lo cual, según algunos analistas, aún es incierto.<sup>3</sup> En todo caso, es probable que el acuerdo sea firmado antes del 30 de noviembre de 2018, último día de la administración del presidente de México Enrique Peña Nieto.<sup>4</sup>

El AEUMC es un texto detallado con disposiciones que impactan a diversas industrias en lo individual, así como con varios capítulos transversales completamente nuevos que merecen atención, incluyendo en comercio electrónico, anticorrupción, medio ambiente, pequeñas y medianas empresas y en materia laboral. Pero uno de los cambios más significativos se encuentra en el mecanismo de solución de controversias de inversión, el cual tiene un alcance mucho menor que el del TLCAN. Los cambios más importantes, localizados en el capítulo 14 del proyecto del AEUMC,<sup>5</sup> son los siguientes:

### **Exclusión de Canadá del arbitraje de inversión**

Si prevalece la redacción propuesta, tanto los inversionistas canadienses en Estados Unidos como los inversionistas estadounidenses en Canadá ya no podrán presentar demandas arbitrales contra el Estado basadas en el tratado de libre comercio. Aún cuando el AEUMC obliga a Canadá y a Estados Unidos frente a los inversionistas a dar trato nacional, trato de nación más favorecida, trato de estándar mínimo y establece límites a la expropiación, los inversionistas tendrán que presentar sus demandas ante los tribunales nacionales<sup>6</sup> y/o convencer a sus gobiernos para que defiendan sus intereses a través del mecanismo de solución de controversias Estado-Estado, que subsiste en el capítulo 31 del AEUMC.

# Menos acciones en los arbitrajes de inversión relacionados con México

Aunque el AEUMC permite a los inversionistas estadounidenses en México y a los inversionistas mexicanos en Estados Unidos demandar el cumplimiento del tratado mediante arbitraje internacional de inversión, el mecanismo de solución de controversias les es menos favorable que el del TLCAN.<sup>7</sup>

Para la mayoría de los inversionistas, el AEUMC establece que solo la violación a las obligaciones de trato nacional, trato de nación más favorecida y de expropiación directa puede ser materia de un arbitraje de inversión basado en el tratado. Esto priva a muchos inversionistas de un amplio abanico de protecciones. Por ejemplo, la mayoría no podrán demandar una expropiación indirecta (i.e. disimulada o funcional) de su inversión. Sin embargo, ciertos inversionistas aún podrán exigir un conjunto más amplio de derechos: se trata de aquellos que suscriban contratos gubernamentales relacionados con hidrocarburos, generación de energía, telecomunicaciones, servicios de transporte, y de propiedad o administración de infraestructura.<sup>8</sup> Adicionalmente, el AEUMC adiciona diversas disposiciones procesales poco amigables para los inversionistas, como el requisito de seguir los procedimientos internos en los tribunales nacionales por al menos 30 meses antes de intentar el arbitraje.<sup>9</sup>

## Última oportunidad para utilizar los mecanismos del TLCAN

A fin de permitir a los inversionistas adaptarse al nuevo marco legal, el AEUMC deja abierto un periodo para utilizar los mecanismos de solución de controversias del TLCAN para “inversiones legadas”, es decir, para inversiones ya existentes al momento de entrada en vigor del AEUMC. Este periodo durará tres años a partir de dicha entrada en vigor.<sup>10</sup> Dadas las diferencias entre el AEUMC y el TLCAN, los negocios con posibles demandas querrán actuar con celeridad para aprovechar las disposiciones más favorables del TLCAN.

## Conclusión

En términos generales, el AEUMC ofrece a los inversionistas menos protecciones que el TLCAN, que podría reemplazar en el corto plazo. El periodo de gracia de tres años antes de su entrada en vigor representa una oportunidad para que los inversionistas planeen su estrategia de inversión, incluyendo las estructuras que les permitan maximizar la protección de sus inversiones y conservar sus posiciones fiscales. Los inversionistas se verán beneficiados si aprovechan este periodo para considerar todas sus opciones.

---

<sup>1</sup> Comunicado de prensa del U.S. Trade Representative, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/september/joint-statement-united-states> (en inglés).

<sup>2</sup> El AEUMC.

<sup>3</sup> Megan Casella, *How a Democratic Congress could derail Trump's NAFTA dreams*, Politico, 1 de octubre de 2018 <https://www.politico.com/story/2018/10/01/democrats-midterms-nafta-89127> (en inglés).

<sup>4</sup> Everett Rosenfeld, Joanna Tan and Liz Moyer, *Canada and US reach trade deal to replace NAFTA*, CNBC, 1 de octubre de 2018, <https://www.cnbc.com/2018/10/01/us-canada-nafta-trade-talks.html> (en inglés).

<sup>5</sup> U.S. Trade Representative, AEMUC cap. 14, *Investment*.

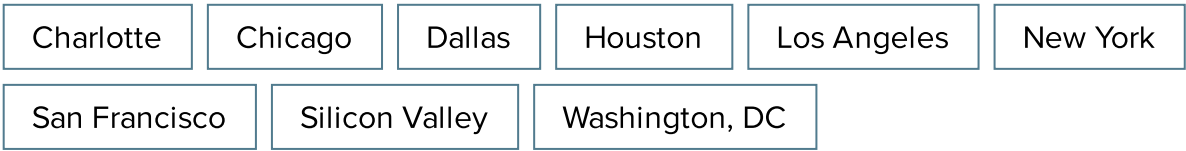
<sup>6</sup> AEUMC, Art. 14.2.4.

<sup>7</sup> AEUMC, Anexo 14-D, 3(1)(a)(i).

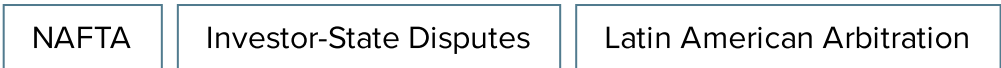
<sup>8</sup> AEUMC, Anexo 14-E, 6(b).

<sup>9</sup> AEUMC, Anexo 14-D, 5(b).

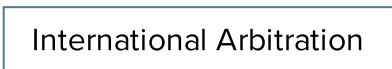
## Related Locations



## Related Topics



## Related Capabilities



## Related Regions



## Related Professionals

---



[Ricardo Ugarte](#)



[Marcelo Blackburn](#)



Rodolfo J. Herrera-Moro Saft