

**[BOSCH]**  
MÉXICO

# TODO

## Arbitraje y MASC

*Liber Amicorum* José Luis Siqueiros

Francisco González de Cossío  
*Coordinador*

2022



[BOSCH]  
MÉXICO

# TODO

## Arbitraje y MASC

*Liber Amicorum* José Luis Siqueiros

2022

Colección  
**TODO**

Francisco González de Cossío  
*Coordinador*

 Wolters Kluwer

© De los autores, 2022

© Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

**Wolters KluwerLegal & Regulatory España**

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

**Tel:** +34 91 602 01 82

**e-mail:** clienteslaley@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.es>

**Primera edición:** enero 2022

**Depósito Legal:** M-133-2022

**ISBN versión impresa:** 978-84-9090-587-6

**ISBN versión electrónica:** 978-84-9090-588-3

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

© **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Dirijase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

### III. ASPECTOS SUSTANTIVOS

Los tratados de inversión contemplan disciplinas sustantivas que hacen las veces de normas protectoras de la inversión. Promesas de comportamiento respecto de la inversión. A continuación comentaré las más importantes, poniendo énfasis en qué se observa de la transición del TLCAN al T-MEC, comenzando por cotejar el régimen. (No lo olvidemos, este ensayo es comparativo).

#### A. Trato Nacional

TLCAN	T-MEC
<p><b>Artículo 1102 Trato Nacional</b></p> <p>1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas 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.</p> <p>2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte, trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas en el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.</p> <p>3. El trato otorgado por una Parte, de conformidad con los párrafos 1 y 2, significa, respecto a un estado o una provincia un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese estado o provincia otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones de la Parte de la que forman parte integrante.</p> <p>4. Para mayor certeza, ninguna Parte podrá:</p> <p>(a) imponer a un inversionista de otra Parte el requisito de que un nivel mínimo de participación accionaria en una empresa establecida en territorio de la Parte, esté en manos de sus nacionales, salvo que se trate de acciones nominativas para directivos o miembros fundadores de sociedades; o</p> <p>(b) requerir que un inversionista de otra Parte, por razón de su nacionalidad, venda o disponga de cualquier otra manera de una inversión en territorio de una Parte.</p>	<p><b>Artículo 14.4 Trato Nacional</b></p> <p>1. Cada Parte otorgará a los inversionistas 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 y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.</p> <p>2. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones.</p> <p>3. El trato otorgado por una Parte conforme a los párrafos 1 y 2 significa, respecto a un gobierno distinto del nivel central, un trato no menos favorable que el trato más favorable otorgado, en circunstancias similares, por ese gobierno a los inversionistas e inversiones de inversionistas, de la Parte de la cual forma parte.</p> <p>4. Para mayor certeza, si el trato es otorgado en «circunstancias similares» conforme a este artículo depende de la totalidad de las circunstancias, incluido si el trato pertinente distingue entre inversionistas o inversiones sobre la base de objetivos legítimos de bienestar público.</p>

El régimen es similar. La única diferencia es el párrafo 4 del artículo 14.4 del T-MEC. Y lo que hace dicha norma es *reiterar* lo que tanto el derecho internacional consuetudinario como la jurisprudencia del derecho de la inversión han establecido. Se trata por ende de una disposición *redundante*. Como veremos a lo largo de la sección sustantiva de este ensayo, ello es una constante en el T-MEC. (Ello es resultado de las críticas al arbitraje de inversión).

## B. Trato de nación más favorecida

TLCAN	T-MEC
<p><b>Artículo 1103 Trato Nación más favorecida</b> 1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.</p>	<p><b>Artículo 14.5 Trato Nación más favorecida</b> 1. Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el trato que otorga, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de cualquier no Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.</p>
<p>2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.</p>	<p>2. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de inversionistas de cualquier otra Parte o de cualquier no Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones.</p>
	<p>3. El trato otorgado por una Parte conforme a los párrafos 1 y 2 significa, con respecto a un gobierno distinto del nivel central, un trato no menos favorable que el trato más favorable otorgado, en circunstancias similares, por ese gobierno a los inversionistas en su territorio, y a las inversiones de aquellos inversionistas, de cualquier otra Parte o de cualquier no Parte.</p>
	<p>4. Para mayor certeza, si el trato se otorga en «circunstancias similares» conforme a este artículo depende de la totalidad de las circunstancias, incluido si el trato pertinente distingue entre inversionistas o inversiones sobre la base de objetivos legítimos de bienestar público.</p>

El régimen es semejante en lo relevante. No hay verdadero cambio alguno. Ello es comunicativo e interesante. Uno de los temas de debate que ha atraído críticas al arbitraje de inversión ha sido la jurisprudencia respecto del alcance de la cláusula de nación más favorecida. El debate reside en la diferencia de opinión (que ha generado un «*split*» jurisprudencial internacional) sobre si el efecto de dicha cláusula puede extenderse a cuestiones procesales, además de las sustantivas. Y algunos tratados de inversión de nuevas generaciones han respondido zanjando o eliminando la disposición. Ello genera otros problemas, como lo son dejar abierta una ranura de discriminación —la esencia de esta disposición: evitar discriminación *vis-à-vis* inversionistas de terceros países—. El que el T-MEC no haya sucumbido a las tentaciones provocadas por dichas críticas es loable.

El aplauso sin embargo no se extiende a la sección de Contratos de Gobierno Cubiertos<sup>29</sup>. El pie de página 30 del T-MEC (en el contexto de Contratos de Gobierno Cubiertos) establece:

Para los efectos de este párrafo: (i) el «trato» referido en el artículo 14.5 (Trato de Nación Más Favorecida) excluye disposiciones en otros acuerdos internacionales de comercio o inversión que establecen procedimientos de solución de controversias internacionales o impongan obligaciones sustantivas; (ii) el «trato» referido en el artículo 14.5 solo abarca medidas adoptadas o mantenidas por la otra Parte del Anexo, que para mayor claridad, podrán incluir medidas adoptadas o mantenidas en relación con la implementación de obligaciones sustantivas en otros acuerdos internacionales de comercio o inversión.

Como puede observarse, el régimen aplicable a los Contratos de Gobierno Cubiertos sí responde al debate mundial sobre la cuestión del alcance de las cláusulas de nación más favorecida. Y tal parece que lo zanja: es decir, no permite «importar» disposiciones de otros tratados. Y lo hace de una manera exagerada: al referirse a «obligaciones sustantivas» en su punto (i), parece excluir de «importación» materias que el debate internacional sobre el alcance no discutía. El foco de discusión era régimen *procesal*, no *sustantivo* —mismo que se acepta que puede «importar»—. Siendo que la redacción no es clara, habrá que ver qué significado y alcance se le da en la práctica a dicha disposición, particularmente ante el hecho de que, de significar que no puede importarse disposición alguna de otros tratados, surge la duda sobre qué significa la cláusula de nación más favorecida: decir, por un lado, que se promete conferir trato de nación más favorecida —lo cual significa extender el trato conferido *en otro tratado*— para luego, por otro lado, que se «excluyen disposiciones en otros acuerdos» podría ser una *contradictio in terminis*.

---

29. Régimen comentado en §III.F, *infra*.

**C. Trato Mínimo**

TLCAN	T-MEC
<p><b>Artículo 1105 Trato Mínimo</b></p> <p>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.</p> <p>2. Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo 1, cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte y a las inversiones de inversionistas de otra Parte, cuyas inversiones sufran pérdidas en su territorio debidas a conflictos armados o contiendas civiles, trato no discriminatorio respecto de cualquier medida que adopte o mantenga en relación con esas pérdidas.</p> <p>3. El párrafo 2 no se aplica a las medidas existentes relacionadas con subsidios o ventajas que pudieran ser incompatibles con el artículo 1102, salvo por lo dispuesto en el artículo 1108(7)(b).</p>	<p><b>Artículo 14.6 Trato Mínimo</b></p> <p>1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido trato justo y equitativo, y protección y seguridad plenas.</p> <p>2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe el nivel mínimo de derecho internacional consuetudinario para el trato a los extranjeros como el nivel de trato que será otorgado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de «trato justo y equitativo» y «protección y seguridad plenas» no requieren un trato adicional a, o superior al exigido por ese nivel, y no crean derechos sustantivos adicionales. Las obligaciones en el párrafo 1 de proporcionar:</p> <p>(a) «trato justo y equitativo» incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos judiciales penales, civiles o contencioso-administrativos de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y</p> <p>(b) «protección y seguridad plenas» exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial exigido conforme al derecho internacional consuetudinario.</p> <p>3. Una determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado, o de un acuerdo internacional distinto, no establece que se haya violado este artículo.</p> <p>4. Para mayor certeza, 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.</p>

Esta disciplina ha sido sustancialmente modificada. El sentido de la modificación merece varios comentarios. Primero, su núcleo permanece idéntico: el contenido en el primer párrafo de ambos. El que ello permanezca es significativo: esta es la disciplina más importante<sup>30</sup>, más socorrida y que ha propiciado las reclamaciones, laudos y condenas monetarias más importantes de la materia. Ello ha detonado respuesta —y no

---

30. Su importancia es comparable a la de expropiación. Estas dos son las disciplinas más importantes en esta materia. Enuncio esto por motivos que quedarán claros más adelante en este ensayo.



# TODO Arbitraje y MASC

«El lector que deslice sus dedos sobre el índice encontrará una constante y una variable interesante. La constante: calidad y calidez. La variable: practicantes líderes y sangre nueva». Esta frase del prólogo engloba la característica más conspicua de esta obra: expertos en áreas diversas analizando temas de coyuntura sobre arbitraje y áreas afines.

**BOSCH**  
MÉXICO

ISBN: 978-84-9090-587-6



9

788490

905876



3652K61283



EN-0280/2005



GA-2005/0100