

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES**

Access Business Group LLC

Demandante

c.

Estados Unidos Mexicanos

Demandada

(Caso CIADI No. ARB/23/15)

Opinión Disidente del Árbitro Franco Ferrari

I. LA OPINIÓN DE LA MAYORÍA: SÍNTESIS Y OBSERVACIONES GENERALES

1. La mayoría del Tribunal concluye que carece de jurisdicción sobre las reclamaciones presentadas por Access Business Group LLC (“Demandante”) contra los Estados Unidos Mexicanos (“México”), con base en el hecho de que las medidas impugnadas ocurrieron después de la terminación del TLCAN el 1 de julio de 2020, a pesar de que tuvieron lugar dentro del periodo de transición de tres años contemplado en el Anexo 14-C del T-MEC (“Anexo 14-C”), y en el hecho de que las obligaciones sustantivas del TLCAN no estaban en vigor en el momento en que ocurrieron las medidas alegadas.
2. Según la mayoría del Tribunal, “[a]tendiendo al sentido corriente de los términos empleados, el Tribunal concluye que nada en el texto del Anexo 14-C indica que los Estados Contratantes hayan extendido la aplicación de las disposiciones sustantivas de la Sección A del Capítulo 11 más allá de la terminación del TLCAN”¹.
3. La mayoría del Tribunal funda su decisión *inter alia* en la alegación de que “[l]os cinco párrafos principales del Anexo 14-C se refieren al alcance y las modalidades de la extensión del *consentimiento* al arbitraje conforme a la Sección B del Capítulo 11 del TLCAN, lo que refuerza la idea de que todo el anexo tiene carácter procesal y no pretende extender el ámbito temporal de aplicación de las normas sustantivas de protección previstas en el TLCAN”². La mayoría sostiene, asimismo, que “[e]l objeto y fin del T-MEC no es particularmente instructivo a los fines de determinar si el Anexo 14-C extiende las protecciones sustantivas de las inversiones más allá de la terminación del TLCAN”³.
4. En vista de lo expuesto *supra* y otros argumentos, la mayoría concluye que “la aplicación de los medios principales de interpretación de los tratados lleva a la conclusión de que el Anexo 14-C no extendió el ámbito temporal de la Sección A del Capítulo 11 del TLCAN. Tal como se explicara *supra*, el consentimiento en someter reclamaciones a arbitraje en virtud del Artículo 1116(1) del TLCAN se limita a las reclamaciones por violación de las disposiciones sustantivas receptadas en la Sección A del Capítulo 11 del TLCAN. Las medidas que la Demandante impugna en el presente arbitraje son posteriores a la extinción

¹ Opinión de la Mayoría, párr. 183.

² Opinión de la Mayoría, párr. 186 (énfasis en el original).

³ Opinión de la Mayoría, párr. 197.

del TLCAN y, por consiguiente, no pueden suponer una violación al TLCAN, Por lo tanto, las reclamaciones quedan fuera de la jurisdicción del Tribunal”⁴.

5. Con el debido respeto a mis doctas colegas, no puedo estar de acuerdo con ellas por varios motivos, que trataré en detalle *infra*. En mi opinión, cuando se la aplica correctamente al Anexo 14-C, y a la arquitectura textual y a los objetivos y fines generales del T-MEC, incluido obviamente el objeto y fin del mecanismo de transición negociado por las propias Partes del TLCAN —que, sin embargo, la mayoría considera que “no es particularmente instructivo” en el presente caso—, la metodología interpretativa del Artículo 31 de la CVDT obliga a reconocer que el Anexo 14-C abarca las medidas gubernamentales posteriores a la terminación que afectan a las inversiones existentes y que la aplicación de las obligaciones sustantivas del TLCAN se ha extendido en la misma medida que el consentimiento al arbitraje durante tres años tras la terminación del TLCAN.
6. Por los motivos que se expondrán *infra*, considero que la interpretación del Anexo 14-C que propone la Demandante es correcta y fiel a la letra y espíritu del Anexo 14-C y acorde con el objeto y fin del T-MEC y su mecanismo de transición. En particular, estoy de acuerdo en que la aplicación continuada de la Sección B del Capítulo 11 del TLCAN durante el período de transición de tres años, un punto en el que concuerdan ambas Partes y que no ha sido cuestionado por la Demandada⁵, necesariamente implica también la aplicabilidad continuada de las obligaciones sustantivas de la Sección A a la conducta de un Estado que afecte a las “inversiones existentes”, incluso cuando las medidas impugnadas sean posteriores a la terminación del TLCAN.
7. A diferencia de la mayoría del Tribunal⁶, considero que esta interpretación es la única que se encuentra en consonancia con la integridad del acuerdo alcanzado por las Partes del TLCAN y del T-MEC, la previsibilidad del régimen de transición del T-MEC y la propia disponibilidad de recursos legales para los inversionistas que de buena fe confiaron en las

⁴ Opinión de la Mayoría, párr. 201.

⁵ Véase, por ejemplo, Opinión de la Mayoría, párr. 121, donde se hace referencia en la nota al pie 89 a Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, págs. 29-50 (párrs. 75-137).

⁶ Véase Opinión de la Mayoría, párr. 199, donde se afirma que “según la interpretación del Anexo 14-C que hace la Demandante, las protecciones sustantivas a las inversiones del TLCAN, que los Estados Contratantes consideraban obsoletas, seguirían aplicándose concurrentemente con las disposiciones sustantivas modernizadas del T-MEC. Esta coexistencia no promovería el establecimiento de ‘un marco legal y comercial claro, transparente y predecible’, que es otro de los propósitos enumerados en el Preámbulo del T-MEC”.

protecciones sustantivas del TLCAN durante el período de tres años tras la terminación del TLCAN.

8. En mi opinión, la interpretación restrictiva que propone México respecto del Anexo 14-C, propugnada por la mayoría del Tribunal, convierte el régimen de transición en un espejismo jurídico, una promesa de consentimiento continuado que se evapora en el momento en que un inversionista confía en él porque un Estado ha incurrido en la misma conducta que puede dar lugar al recurso de arbitraje. Este resultado no viene dictado ni por el texto ni por su contexto, ni encuentra sustento en los trabajos preparatorios o la práctica ulterior, como alega México. Sin embargo, lo más preocupante de todo es que es incompatible con el objeto y fin del marco del tratado, incluido el régimen transitorio, establecido por Estados Unidos, México y Canadá.

II. EL SENTIDO CORRIENTE DEL ANEXO 14-C NO BRINDA SUSTENTO A LA INTERPRETACIÓN DE LA MAYORÍA

9. El motivo principal de mi disenso radica en la interpretación que realizan mis estimadas colegas del párrafo 1 del Anexo 14-C. Aunque estoy de acuerdo con la mayoría del Tribunal en que el Anexo 14-C debe interpretarse a la luz de su texto y “conforme al sentido corriente”⁷, es decir, a la luz de lo que resulta “regular, normal o habitual”⁸ [Traducción del Árbitro Disidente], discrepo en cuanto a cuál es ese sentido corriente.
10. La mayoría del Tribunal⁹ acepta la posición de México de que “el Anexo 14-C [simplemente] extendió el acceso al mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado establecido en la Sección B del Capítulo XI del TLCAN para ciertos inversionistas e inversiones durante tres años posteriores a la terminación de dicho tratado el 1 de julio de 2020, pero no extendió la vigencia del Capítulo XI en su totalidad ni de la Sección A del Capítulo XI”¹⁰. Más bien, “este lenguaje limita las reclamaciones elegibles a aquellas

⁷ Opinión de la Mayoría, párr. 179.

⁸ O. Dörr, *Article 31*, en O. Dörr y K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (2.^a ed., Springer, 2019), pág. 542 (párr. 41).

⁹ Véase Opinión de la Mayoría, párr. 182 (donde se afirma que “[e]l Anexo 14-C no contiene un lenguaje comparable que prolongue la aplicación de las protecciones sustantivas previstas en la Sección A del Capítulo 11 del TLCAN”).

¹⁰ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada-ESP, pág. 4 (párr. 2).

surgidas de medidas anteriores a la terminación del TLCAN”¹¹. En otras palabras, “[e]l Anexo 14-C no extiende la vigencia de las obligaciones sustantivas de inversión del TLCAN: lo que estableció el Anexo 14-C era sencillamente permitir que aquellas reclamaciones basadas en una medida ocurrida antes de la terminación del TLCAN pudieran someterse a arbitraje conforme las reglas y procedimientos que existían al momento de la presunta violación”¹². El Anexo 14-C “no extiende las obligaciones sustantivas de la Sección A durante el período de 3 años [tras la terminación del TLCAN]”¹³. “Ninguna disposición del T-MEC extiende las protecciones sustantivas del Capítulo XI más allá de la terminación del TLCAN”¹⁴. El texto del Anexo 14-C desmiente claramente estas afirmaciones.

11. La opinión de la mayoría coincide también con la decisión de la mayoría en el caso *TC Energía*¹⁵. Si bien esa decisión no es vinculante para este Tribunal, no puede desestimarse por completo, porque dicho tribunal también tuvo que interpretar el Anexo 14-C, al igual que este Tribunal¹⁶, y porque México se basó en gran medida en la opinión de la mayoría en *TC Energy* para corroborar sus argumentos¹⁷, al igual que la mayoría de este Tribunal, aunque en mucho menor grado¹⁸. Como es sabido, también en ese caso, la cuestión “central”¹⁹ radicaba en la determinación de si el Anexo 14-C permitía al inversionista reclamar por incumplimientos ocurridos después de la terminación del TLCAN, pero dentro del período de transición de tres años, o solo por aquellos vinculados a hechos

¹¹ Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, pág. 86 (párr. 243).

¹² Transcripción de la Audiencia, Día 1, pág. 19, líneas 12-20.

¹³ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada-ESP, pág. 9 (párr. 16).

¹⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada-ESP, pág. 11 (párr. 20).

¹⁵ RL-0040-ENG.

¹⁶ Véase, por ejemplo, Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada-ESP, pág. 5 (párr. 5), donde se señala expresamente que el caso *TC Energy* “involucró una objeción jurisdiccional idéntica presentada por Estados Unidos”.

¹⁷ Véase, por ejemplo, Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, págs. 26-27 (párr. 69) (“las conclusiones del tribunal en *TC Energy* son especialmente relevantes”) (cursivas en el original); Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, pág. 5 (párr. 5) (“La interpretación de México del Anexo 14-C también se apoya en el reciente laudo en el caso *TC Energy*”) (cursivas en el original); Transcripción de la Audiencia, Día 1, pág. 21, líneas 13-17 (“incluso si quedara alguna duda sobre la interpretación correcta de este anexo, vale la pena recordar que ha sido respaldada por los tribunales de los casos *TC Energy* en contra de Estados Unidos”).

¹⁸ Véase Opinión de la Mayoría, párrs. 204 (nota al pie 111) y 213.

¹⁹ Con respecto a esta calificación, véase Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, pág. 8 (párr. 21); Opinión Legal de Christoph Schreuer, pág. 14 (párr. 53).

ocurridos mientras el TLCAN estaba aún en vigor. En concreto, TC Energy alegó que la revocación por parte del presidente Biden en el año 2021 del permiso para el oleoducto Keystone XL violaba las obligaciones del TLCAN y podía ser impugnada en virtud del Anexo 14-C del T-MEC, que preserva un período para reclamaciones relacionadas con “inversiones existentes”. Estados Unidos replicó que las obligaciones del TLCAN cesaban cuando el tratado terminaba, y que el Anexo 14-C no autorizaba reclamaciones basadas en medidas posteriores a la terminación. La mayoría del tribunal en *TC Energy* sostuvo que “el sentido corriente del Anexo 14-C es que el consentimiento al arbitraje se estableció hasta el 30 de junio de 2023 para hechos susceptibles de constituir una violación del TLCAN mientras el TLCAN estuviera en vigor”²⁰ [Traducción del Árbitro Disidente]. En otras palabras, la mayoría del tribunal en *TC Energy* sostuvo que el “sentido corriente” de las palabras, el contexto, y el objeto y fin del propio Anexo 14-C y del T-MEC debían interpretarse en el sentido de que no extendían las obligaciones sustantivas del TLCAN a la era del T-MEC y que solo las reclamaciones por incumplimientos previos a la terminación podían someterse a arbitraje en virtud del Anexo.

12. En este punto, resulta conveniente determinar la relevancia del laudo *TC Energy*, al que la mayoría de este Tribunal hace referencia para reforzar su interpretación del Anexo 14-C²¹, aparentemente tratando el caso como autoridad persuasiva para proponer que las protecciones sustantivas del TLCAN no podrían aplicarse a medidas tomadas con posterioridad a la terminación del TLCAN.
13. Desde luego, no es mi intención disminuir la utilidad de la contribución, a la que se hace referencia en el laudo, al “desarrollo armonioso del derecho de las inversiones y, de este modo, [el cumplimiento de] las expectativas legítimas de la comunidad de Estados e inversionistas respecto de la seguridad jurídica y el Estado de Derecho”²², guiándose por “las soluciones jurídicas reflejadas en una serie de casos coherentes, naturalmente, con arreglo a las particularidades del TBI y las circunstancias del caso concreto”²³. Sin embargo, esto requiere no solo “una serie de casos coherentes”, sino, en mi opinión, lo que

²⁰ *TC Energy Corporation y TransCanada Pipelines Limited c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB/21/63, Laudo, 12 de julio de 2024, pág. 44 (párr. 177), RL-0040-ENG.

²¹ Véase Opinión de la Mayoría, párr. 213.

²² Opinión de la Mayoría, párr. 104.

²³ *Ibid.*

es más importante, que dicha guía vaya acompañada de un análisis minucioso de si el razonamiento de la autoridad invocada es pertinente y convincente.

14. En el presente caso, esto significa que no debemos guiarnos por la solución del tribunal en *TC Energy* ya que, por un lado, el caso *TC Energy* no forma parte de dicha “serie de casos coherentes” y, por el otro, el laudo *TC Energy* no tiene fuerza persuasiva, *inter alia*, aunque no exclusivamente, porque el caso *TC Energy* no se decidió por unanimidad. La Opinión Disidente de Henri C. Alvarez, KC, que México rara vez reconoce en sus escritos y a la que la mayoría no hace referencia en su análisis²⁴, expuso errores metodológicos significativos en el razonamiento de la mayoría. En mi opinión, la existencia de un disenso tan marcado priva a la opinión de la mayoría del peso que México pretende atribuirle. La opinión disidente criticó, en particular, la negativa de la mayoría a considerar la historia de las negociaciones y los documentos internos pertinentes, a pesar de que el Artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados permite expresamente recurrir a dichos materiales para confirmar el sentido corriente o resolver ambigüedades. Al circunscribir sus herramientas interpretativas, el tribunal en *TC Energy* se arriesgó a distorsionar, en lugar de aclarar, el significado del Anexo 14-C, disminuyendo así la fuerza persuasiva de la opinión de esa mayoría en su totalidad.
15. Dicho esto, como ya se mencionara *supra*²⁵, coincido con la mayoría de este Tribunal y con la del caso *TC Energy* en cuanto al enfoque que debe adoptarse para interpretar el Anexo 14-C: debe aplicarse, ante todo, aunque desde luego no de manera exclusiva, la regla del “sentido corriente”²⁶, que las partes del presente procedimiento también identificaron como punto de partida de sus alegaciones²⁷, si bien con matices diferentes, al

²⁴ El laudo solo hace referencia a la Opinión Disidente del Dr. Alvarez en la síntesis de los argumentos de la Demandante sobre por qué debe desestimarse el laudo *TC Energy*; véase Opinión de la Mayoría, párr. 172.

²⁵ Véase párr. 9 *supra*.

²⁶ Véase O. Dörr, *Article 31*, en O. Dörr y K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (2.^a ed., Springer, 2019), pág. 541 (párr. 40), donde se afirma que “[e]l primer elemento de la regla general de interpretación [en virtud del Artículo 31 de la CVDT] exige dar un sentido corriente a los ‘términos del tratado’” (nota al pie omitida). [Traducción del Árbitro Disidente]

²⁷ Véase, por ejemplo, Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, págs. 16-17 (párr. 42); Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada-ESP, pág. 4 (párr. 2); Transcripción de la Audiencia, Día 1, pág. 42, líneas 1-2; Memorial sobre el Fondo de la Demandante-ENG, pág. 196 (párr. 388); Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de la Demandante, pág. 21 (párr. 53); Transcripción de la Audiencia, Día 1, pág. 137, líneas 13-14.

igual que sus peritos²⁸. Sin embargo, no puedo suscribir el resultado al que llegan México y su perito —o, de hecho, la mayoría del Tribunal—. De hecho, en mi opinión, el sentido corriente del texto del Anexo 14-C, así como su contexto y fin, conducen al resultado contrario.

16. El sentido corriente del Anexo 14-C no puede implicar añadir una condición a las previstas expresamente en el texto cuando no existe soporte textual alguno para incluir tal condición. Ello se debe a que, como afirma Oliver Dörr, un comentarista en el que se basó el perito de México, Christian J. Tams²⁹, “[l]a regla general de interpretación de los tratados contenida en el Artículo 31(1) se basa en el enfoque textual, es decir, en la opinión de que debe presumirse que el texto es la expresión auténtica de las intenciones de las partes. En consecuencia, el punto de partida de toda interpretación es la elucidación del sentido del texto, más que de cualquier voluntad externa de las partes”³⁰. [Traducción del Árbitro Disidente]
17. Sin embargo, en mi opinión, la interpretación del Anexo 14-C por parte de la mayoría de este Tribunal y del tribunal en *TC Energy* conduce a la inclusión de una condición para la jurisdicción que no encuentra sustento en el texto y, por lo tanto, no se ajusta a la regla general a la que se acaba de hacer referencia. La mayoría del tribunal en *TC Energy* intentó defenderse de la acusación de añadir palabras alegando que su “interpretación no equivale a añadir texto al Anexo 14-C; sino que es más bien el resultado de un ejercicio interpretativo del Anexo”³¹ [Traducción del Árbitro Disidente]. Y lo mismo hizo México al afirmar que su “interpretación [...] no impone un requisito temporal”³².
18. Sin embargo, esto no resulta convincente, ya que dicha interpretación, en efecto, añade un requisito temporal. La adición de un requisito que no encuentra sustento en el texto del Anexo 14-C no puede considerarse una interpretación basada en el texto del Anexo 14-C

²⁸ Véase Opinión Legal de Christoph Schreuer, págs. 8 y ss. (párrs. 25 y ss.), sub “D. The Ordinary Meaning of Annex 14-C of USMCA”; Informe Pericial de Christian J. Tams, pág. 6 (párr. 15).

²⁹ Véase, por ejemplo, Informe Pericial de Christian J. Tams, pág. 37 (párr. 114), donde se cita O. Dörr, *Article 32*, en O. Dörr y K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (2.^a ed., Springer, 2019), pág. 618, párr. 3, CT-0061-ENG.

³⁰ O. Dörr, *Article 31*, en O. Dörr y K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (2.^a ed., Springer, 2019), pág. 541 (párr. 38).

³¹ *TC Energy Corporation y TransCanada Pipelines Limited c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB/21/63, Laudo, 12 de julio de 2024, pág. 44 (párr. 177), RL-0040-ENG.

³² Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada-ESP, pág. 13 (párr. 25).

o en el sentido corriente de dicho texto. En mi opinión, una interpretación que introduce un requisito desconocido sin fundamento alguno en el texto vulnera los principios aplicables de interpretación de los tratados. Considero que ese enfoque se aparta del texto bajo la apariencia de interpretación, algo que no puedo suscribir, ya que ello implicaría legislar en lugar de interpretar. A mi entender, no corresponde a un tribunal, incluido este Tribunal, revisar el texto, introducir mejoras o inferir condiciones no previstas en dicho texto. En palabras de un comentarista, los “principios de interpretación ni exigen ni aprueban que se imputen al tratado palabras que no existen en él o que se trasladen a él conceptos que no se pretendía recoger en él”³³.

19. La jurisprudencia respalda, de manera clara —y ello no es motivo de sorpresa—este punto de vista. En *Saluka c. República Checa*, el tribunal resolvió que “el Tribunal no está facultado para añadir otros requisitos que las propias partes podrían haber agregado, pero no lo hicieron”³⁴. El tribunal en *Yukos c. Federación Rusa* sostuvo, de manera similar, que “[l]os principios del derecho internacional, que tienen una importancia indiscutida en la interpretación de los tratados, no permiten que un tribunal de arbitraje introduzca nuevos requisitos —que los redactores no incluyeron— en un tratado, sin perjuicio de cuán auspiciosos o apropiados puedan resultar”³⁵. Tal como afirma el Profesor Schreuer, que en su Opinión Legal también cita las dos decisiones a las que se acaba de hacer referencia, “[e]s probable que la declaración más clara provenga del Tribunal en *Gran Colombia Gold c. Colombia*. Tras afirmar que correspondía considerar tanto lo que las disposiciones de los tratados dicen como lo que no dicen, el Tribunal expresó lo siguiente: ‘en estas circunstancias, el Tribunal tendría grandes dificultades para concluir que el TLC contiene de manera implícita una limitación (temporal) adicional al ejercicio por las Partes Contratantes del derecho que expresamente acordaron conservar en el Artículo 814, pero sin establecer tal limitación. Los Estados son libres de otorgar protecciones recíprocas a

³³ Chang-fa Lo, *Treaty Interpretation Under the Vienna Convention on the Law of Treaties A New Round of Codification* (Springer, 2017), pág. 158, donde se cita Informe del Órgano de Apelación, *India — Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*, párr. 45, WTO Doc. WT/DS50/AB/R (adoptado el 16 de enero de 1998).

³⁴ *Saluka Investments BV (Países Bajos) c. La República Checa*, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, párr. 241, CL-0073-ENG.

³⁵ *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. La Federación Rusa*, Laudo Provisional sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 30 de noviembre de 2009, párr. 415, CS-0013-ENG.

los inversionistas a través del mecanismo de los tratados de inversión, pero también son libres de condicionar dichos otorgamientos a determinados criterios de calificación... En general, no corresponde a los tribunales de arbitraje, al interpretar el texto de los tratados de inversión, inferir de dichos textos requisitos adicionales (ya sea para los Estados o para los inversionistas) que los Estados Parte no han decidido imponer”³⁶. [Traducción del Árbitro Disidente]

20. Por lo tanto, adhiero plenamente al criterio expresado por el Profesor Schreuer en su Opinión Legal de que “[e]l intento de introducir requisitos adicionales para la jurisdicción, no recogidos en los tratados que prevén el consentimiento al arbitraje [...] es contrario al canon aceptado de interpretación de los tratados”³⁷. Como afirma un comentarista, esto se debe a que “el objetivo de la interpretación no es la reconstrucción de las intenciones subjetivas de las partes si estas intenciones no se reflejan en el texto. Se trata más bien de determinar el sentido ‘objetivo’ del texto”³⁸. “Sobre la base de tal entendimiento, la redacción del tratado es, al mismo tiempo, el punto de partida y el límite exterior de la interpretación”³⁹. [Traducción del Árbitro Disidente]

21. Por supuesto, reconozco que, como afirma Richard Gardiner, en cuyo comentario también se basó el perito de la Demandada, el Profesor Tams⁴⁰, “si bien el texto del tratado constituye la expresión auténtica del acuerdo de las partes, el tratado debe interpretarse de manera íntegra y conforme a su objeto y fin, en lugar de limitarse a tomar palabras que son objeto de controversia y desenterrar su significado únicamente a partir del diccionario, la gramática y la sintaxis”⁴¹. Sin embargo, como afirma Dörr, “[l]a consideración del objeto y fin encuentra sus límites en el sentido corriente del texto del tratado. Solo puede utilizarse para hacer prevalecer uno de los posibles sentidos corrientes de los términos y no puede establecer una interpretación que claramente no puede expresarse con las palabras

³⁶ Opinión Legal de Christoph Schreuer, pág. 10 (párr. 37), donde se cita *Gran Colombia Gold Corp. c. República de Colombia*, Decisión sobre la Cuestión Jurisdiccional Bifurcada, 23 de noviembre de 2020, párr. 127, CS-0015-ENG (notas al pie omitidas).

³⁷ Opinión Legal de Christoph Schreuer, pág. 8 (párr. 32).

³⁸ A. Metzger, *Interpretation of IP Treaties in Accordance with Articles 31-33 VCLT. A Case Study on the Practice of the European Patent Office*, en H. Grosse Ruse-Khan y A. Metzger (eds.), *Intellectual Property Ordering beyond Borders*, Cambridge University Press, 2022, 157 (160).

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Véase Informe Pericial de Christian J. Tams, pág. 6 (párr. 15).

⁴¹ R. Gardiner, *Treaty Interpretation* (2.^a ed., Oxford University Press, 2015), pág. 165.

utilizadas en el texto”⁴². Tal como manifestara el Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU., “el objeto y fin de un tratado solo deben utilizarse para aclarar el texto, no para proporcionar fuentes independientes de significado que contradigan el texto claro”⁴³. Esto significa que “[e]l objeto y fin, por lo tanto, no pueden ser utilizados por el intérprete para ignorar el sentido corriente en aras de atribuir un significado especial a un término del tratado. No es una puerta de entrada a interpretaciones teleológicas que vayan más allá del texto del tratado”⁴⁴. En última instancia, el “objeto y fin” deben entenderse como elementos que ayudan a confirmar o aclarar el significado y no a anular el sentido corriente, que, en mi opinión, es lo que México quiere que haga este Tribunal. Cabe tener presente la advertencia de Ian Sinclair sobre el “riesgo de que, al poner un énfasis indebido en el ‘objeto y fin’ de un tratado, se fomenten métodos teleológicos de interpretación [que], en algunas de sus formas más extremas, llegarán a negar la relevancia de las intenciones de las partes”⁴⁵. [Traducción del Árbitro Disidente]

22. Sin embargo, en el presente arbitraje, no es necesario analizar si una interpretación del Anexo 14-C a la luz del objeto y fin puede anular el sentido corriente del Anexo 14-C, porque los resultados de la interpretación textual que propugno están en consonancia con el objeto y fin del T-MEC y su régimen de transición, así como con el contexto en el que se inserta el Anexo 14-C.
23. Tal como se mencionara *supra*, soy consciente de que la posición que adopto en esta Opinión Disidente desafía directamente la interpretación restrictiva que propugna la mayoría de este Tribunal y la del tribunal en *TC Energy*, y sostengo en cambio que la protección temporal integral posterior a la terminación del TLCAN sirve al propósito fundamental del T-MEC de garantizar la previsibilidad regulatoria durante la sucesión del tratado. Aun así, a la luz de un examen sistemático del texto del tratado, la integración contextual y el análisis del objeto y fin, considero que la interpretación temporal ampliada

⁴² O. Dörr, *Article 31*, en O. Dörr y K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (2.^a ed., Springer, 2019), pág. 547 (párr. 58).

⁴³ Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *The Federal Reserve Bank of New York c. Bank Markazi Iran*, Caso A 28 (2000) 36 Iran-US Claims Tribunal Reports 5, párr. 58.

⁴⁴ R. Castro de Figueiredo, *The ICSID Convention and the VCLT: Interpreting the Term “Investment”*, en Esmé Shirlow y Kiran Nasir Gore (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties in Investor-State Disputes. History, Evolution and Future* (Kluwer, 2022), págs. 86-87.

⁴⁵ I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (2.^a ed., Manchester University Press, 1984), pág. 130.

que propongo se encuentra más en consonancia con el objeto y fin del T-MEC, también porque cumple mejor el compromiso expreso de las partes negociadoras de una “transición fluida”⁴⁶ entre los regímenes del TLCAN y el T-MEC⁴⁷.

24. La alegación de México de que el contexto del Anexo 14-C y el objeto y fin del T-MEC —así como la práctica ulterior— confirman su interpretación de que el Anexo 14-C no equivalía a una preservación de las obligaciones sustantivas del TLCAN, porque el Anexo 14-C cumple únicamente una función procesal, al permitir a los inversionistas con “inversiones existentes” presentar reclamaciones de arbitraje en virtud del mecanismo de solución de controversias del Capítulo XI del TLCAN, pero solo con respecto a las violaciones ocurridas antes de la terminación del TLCAN, no resulta convincente por varios motivos.
25. Según la Demandante, el texto del Anexo 14-C exige que se cumplan las cuatro condiciones siguientes para que un tribunal posea jurisdicción en virtud del Anexo 14-C. “(i) En primer lugar, la reclamación debe referirse a una inversión existente. (ii) En segundo lugar, la reclamación debe alegar una medida estatal que dé lugar a una violación del Tratado. (iii) En tercer lugar, la reclamación debe realizarse conforme a las normas y procedimientos articulados en la Sección B del Capítulo 11 del TLCAN. (iv) En cuarto y último lugar, la reclamación debe presentarse dentro de los tres años siguientes a la terminación del TLCAN, es decir, a más tardar, el 1 de julio de 2023”⁴⁸. [Traducción del Árbitro Disidente]
26. Estos requisitos previos para que el Tribunal pueda afirmar su jurisdicción sobre la reclamación no son materia de controversia —ni pueden serlo a la luz del texto del Anexo 14-C⁴⁹—. Sin embargo, son las únicas condiciones, como también afirma el Dr. Alvarez

⁴⁶ Véase Artículo 34(1)(1) del T-MEC: “Las Partes reconocen la importancia de una transición fluida del TLCAN de 1994 a este Tratado”.

⁴⁷ Véase también párr. 38 *infra*.

⁴⁸ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de la Demandante, pág. 7 (párr. 6).

⁴⁹ Véase también Opinión Legal de Christoph Schreuer, pág. 8 (párr. 30): “A la luz de toda la información disponible, la reclamación objeto del presente caso cumple todos estos requisitos. La inversión de la Demandante se realizó durante el periodo comprendido entre la entrada en vigor del TLCAN y su terminación. La Demandante alega una violación de la Sección A del Capítulo 11 del TLCAN. La reclamación se presentó al amparo de la Sección B del Capítulo 11 del TLCAN. La Demandante presentó su Solicitud de Arbitraje ante el CIADI el 22 de noviembre de 2021, es decir, dentro de los tres años siguientes a la terminación del TLCAN”. [Traducción del Árbitro Disidente]

en su Opinión Disidente en el caso *TC Energy*, que considero más coherentes y convincentes que la opinión de la mayoría en ese caso, que no encuentro persuasiva por las razones identificadas *supra*⁵⁰ y por una razón a la que se hará referencia *infra*⁵¹. Según el Dr. Alvarez, “el texto claro u ordinario del Anexo 14-C del T-MEC ofrece el consentimiento de los Estados Parte para someter a arbitraje todas las reclamaciones relativas a inversiones existentes, sujeto *solo* a cuatro condiciones. Estas son: a) la reclamación debe referirse a una inversión existente; b) la reclamación alega el incumplimiento de una obligación conforme a la sección A del Capítulo 11 del TLCAN; c) la reclamación debe presentarse conforme al procedimiento establecido en la sección B del Capítulo 11 del TLCAN; d) la reclamación debe presentarse dentro de los tres años siguientes a la terminación del TLCAN”⁵². [Traducción del Árbitro Disidente]

27. En el arbitraje que nos ocupa, no se discute que se cumplen las cuatro condiciones mencionadas, las *únicas* condiciones que se identifican de forma expresa en el Anexo 14-C⁵³. México no lo cuestionó. En cuanto a la condición (i), México no cuestionó que la reclamación presentada por la Demandante se relacionara con una “inversión existente”. En otras palabras, México no afirmó, como no podía hacerlo, que la inversión objeto del presente procedimiento no era una “inversión existente” tal como se define en forma expresa en el párrafo 6(a) del Anexo 14-C. De conformidad con esta disposición, “‘inversión existente’ significa una inversión de un inversionista de otra Parte en el territorio de la Parte establecida o adquirida entre el 1 de enero de 1994 y la fecha de la terminación del TLCAN de 1994, y en existencia en la fecha de entrada en vigor de este Tratado”. Empero, México trató de restarle importancia al hecho de que la definición expresa de “inversión existente” del párrafo 6(a) se centra exclusivamente en las fechas de establecimiento y existencia de la inversión y que la calificación temporal basada en los activos receptada en el párrafo 6(a) crea una protección vinculada a las características de la inversión antes que al momento de la acción estatal, protegiendo así los activos

⁵⁰ Véase párr. 14 *supra*.

⁵¹ Véase párr. 91 *infra*.

⁵² *TC Energy Corporation y TransCanada Pipelines Limited c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB/21/63, Opinión Disidente del Árbitro Henri C. Alvarez, K.C., 12 de julio de 2024, pág. 2 (párr. 3), RL-0040-ENG (énfasis agregado).

⁵³ Véase también Opinión Legal de Christoph Schreuer, pág. 8 (párr. 30).

calificados frente a todas las medidas gubernamentales durante el período de transición, independientemente de cuándo se adopten dichas medidas. En otras palabras, el calificativo temporal de la definición de “inversión existente” del párrafo 6(a) del Anexo 14-C se limita rigurosamente a la fecha de adquisición y existencia de la inversión, no al momento de la conducta del Estado que la afecta. Como afirma el Dr. Alvarez en su Opinión Disidente mencionada *supra*, que no puedo sino respaldar, “el párrafo 1 del Anexo 14-C establece el consentimiento con respecto a las inversiones existentes sin ninguna limitación temporal o requisito de que la supuesta violación de una obligación de la Sección A del Capítulo 11 deba producirse antes de la terminación del TLCAN. Más bien, en su sentido llano, el párrafo 1 del Anexo 14-C se refiere a todas las inversiones existentes y a todas las reclamaciones por las que se alega la violación de una obligación conforme a la Sección A del Capítulo 11 del TLCAN. El Anexo 14-C se refiere a inversiones existentes, no a reclamaciones, medidas o controversias existentes”⁵⁴. [Traducción del Árbitro Disidente]

28. En cuanto a la condición (iii), México no objetó que la Demandante presentara su reclamación conforme a los procedimientos de la Sección B y que se le permitiera presentarla de esa forma. Ello se desprende del propio reconocimiento de México de que “[e]s claro a partir del texto utilizado en el Anexo 14-C que lo que se está prorrogando más allá de la terminación del TLCAN es el *consentimiento* de las Partes del T-MEC para arbitrar, bajo el mecanismo de solución de controversias de la Sección B”⁵⁵. Ello demuestra que México no discrepa del camino procesal que siguió la Demandante, puesto que no podía hacerlo, dado que, como afirma la mayoría de este Tribunal, “[e]s un hecho no controvertido que el Anexo 14-C del T-MEC prolonga por tres años, después de la terminación del TLCAN, el consentimiento al arbitraje incluido en la Sección B del Capítulo 11 del TLCAN”⁵⁶.

29. En cuanto a la condición (iv), México no alegó que la reclamación se hubiera presentado fuera del plazo límite de 3 años. Más bien, la objeción jurisdiccional de México se centró

⁵⁴ *TC Energy Corporation y TransCanada Pipelines Limited c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB/21/63, Opinión Disidente del Árbitro Henri C. Alvarez, K.C., 12 de julio de 2024, pág. 2 (párr. 3), RL-0040-ENG.

⁵⁵ Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, pág. 3 (párr. 8) (énfasis en el original).

⁵⁶ Opinión de la Mayoría, párr. 178.

en el momento de la supuesta violación (es decir, en el año 2022) y no en la fecha de presentación.

30. En relación con la condición (ii), las medidas que la Demandante alegó como constitutivas de una violación de las obligaciones previstas en el TLCAN efectivamente se produjeron. México no discutió que la Demandante haya basado sus reclamaciones en determinadas medidas (tomadas por la SEDATU) que se produjeron dentro de los “tres años después de la terminación del TLCAN de 1994”. De hecho, México reconoció que “no parece haber desacuerdo entre las partes en que las medidas en cuestión en este arbitraje se adoptaron aproximadamente dos años después de la terminación del TLCAN”⁵⁷.
31. La objeción de México se centró en el hecho de que “[l]as medidas que la Demandante identifica como incumplimientos de las obligaciones de la Demandada en virtud del TLCAN, ocurrieron todas después de la Fecha de Terminación”⁵⁸. México argumentó que esto excluía la jurisdicción *ratione temporis* del Tribunal⁵⁹, puesto que el Anexo 14-C no otorgaba jurisdicción sobre reclamaciones relativas a medidas posteriores al TLCAN que afectaran inversiones existentes. En palabras de México, “[l]a Demandada no ha consentido el arbitraje de controversias bajo el Anexo 14-C basadas en supuestas violaciones de las obligaciones sustantivas de la Sección A derivadas de medidas adoptadas después de la terminación del TLCAN”⁶⁰. Según México, “ocurrieron violaciones [. . .] del TLCAN como resultado de ciertas medidas tomadas por la Demandada aproximadamente 2 años *después* de la terminación del TLCAN, en un momento en el que dichas disposiciones ya no estaban vigentes y, por lo tanto, ya no eran vinculantes para las Partes del TLCAN”⁶¹. Por ende, “la Demandante no puede alegar el ‘incumplimiento de una obligación’ de la Sección A en relación con actos o hechos que tuvieron lugar después de la terminación del TLCAN”⁶² porque “[el] Anexo 14-C [. . .] no puede ser interpretado para ampliar o resucitar las protecciones sustantivas del TLCAN en relación con medidas

⁵⁷ Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, pág. 11 (párr. 27) (énfasis en el original).

⁵⁸ Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, págs. 10-11 (párr. 26).

⁵⁹ Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, pág. 4 (párr. 10).

⁶⁰ Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, pág. 4 (párr. 10).

⁶¹ Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, pág. 3 (párr. 7) (énfasis en el original).

⁶² Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, pág. 4 (párr. 9).

posteriores a su terminación”⁶³. De hecho, según México, una interpretación conforme al sentido corriente “limita la aplicación del Anexo 14-C a las reclamaciones surgidas por violaciones ocurridas cuando el TLCAN estaba en vigor. Es decir, antes de su terminación el 1° de julio de 2020. El Anexo 14-C no permite reclamaciones basadas en medidas ocurridas después de la terminación del TLCAN”⁶⁴. “En otras palabras, confirma que el Anexo 14-C únicamente permite reclamaciones cuando la violación sucedió antes de la terminación del TLCAN”⁶⁵.

32. Me veo obligado a disentir de la posición de México, que acepta la mayoría del Tribunal⁶⁶: como se explicara *supra*, el texto del Anexo 14-C, que debe constituir la base para cualquier interpretación conforme al Artículo 31 de la CVDT⁶⁷, no permite interpretar que el Anexo 14-C incorpora esta condición adicional. Ello se debe a que, como afirma, por ejemplo, Dörr, “la interpretación se dirige siempre a poner de manifiesto la intención de las partes, [lo que] solo puede hacer [...] en la medida en que esa intención haya encontrado adecuada expresión en el texto del tratado”⁶⁸. No se puede encontrar en el Anexo 14-C tal “adecuada expresión en el texto” de la condición adicional que invoca México, ni tampoco ha demostrado México cómo su interpretación restrictiva se alinea con el contexto del Anexo 14-C y el objeto y fin del T-MEC y su mecanismo de transición, o que sea confirmada por la práctica ulterior. [Traducción del Árbitro Disidente]

33. El párrafo 1 del Anexo 14-C establece que “[c]ada Parte consiente, con respecto a una inversión existente, en someter una reclamación a arbitraje de conformidad con la Sección B del Capítulo 11 (Inversión) del TLCAN de 1994 y este Anexo alegando una violación de una obligación establecida en: (a) la Sección A del Capítulo 11 (Inversión) del TLCAN de 1994”. Esta disposición no contiene ninguna limitación temporal en cuanto al momento en que deben haberse producido las supuestas violaciones, y crea lo que puede caracterizarse como una “neutralidad temporal”. Esta interpretación textual presenta un contraste marcado con las restricciones temporales precisas sobre los plazos para presentar

⁶³ Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, pág. 48 (párr. 131).

⁶⁴ Transcripción de la Audiencia, Día 1, pág. 63, líneas 15-21.

⁶⁵ Transcripción de la Audiencia, Día 1, pág. 83, líneas 14-17.

⁶⁶ Véase, por ejemplo, Opinión de la Mayoría, párrs. 192, 200 y 201.

⁶⁷ Véase O. Dörr, *Article 31*, en O. Dörr y K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (2.^a ed., Springer, 2019), pág. 522 (párr. 3).

⁶⁸ *Ibid.*

reclamaciones previstas de manera expresa en el párrafo 3, lo que demuestra que los redactores tenían la capacidad de establecer limitaciones temporales explícitas cuando esa era su intención. La ausencia de una restricción temporal de las medidas estatales cubiertas sugiere un diseño deliberado, y no una omisión en la redacción.

34. Esta interpretación del Anexo 14-C es coherente con la definición de “inversión existente” que, como se señalara *supra*⁶⁹, se centra exclusivamente en las fechas de establecimiento y existencia de la inversión. El párrafo 6(a) del Anexo 14-C define “inversión existente” como “una inversión de un inversionista de otra Parte en el territorio de la Parte establecida o adquirida entre el 1 de enero de 1994 y la fecha de la terminación del TLCAN de 1994, y en existencia en la fecha de entrada en vigor de este Tratado”. Al estructurar la calificación temporal de esta manera, la protección depende, como ya se estableciera *supra*, de las características de la propia inversión y no del momento de la intervención estatal.
35. Aceptar la interpretación restrictiva de México conduce a consecuencias poco razonables: crea un incentivo para que los Estados eludan su responsabilidad aplazando las medidas perjudiciales hasta después de la terminación del TLCAN, precisamente cuando los inversionistas más necesitarían la protección transitoria prometida. Esta preocupación adquiere particular relevancia debido a que los períodos de transición suelen estar marcados por picos de incertidumbre regulatoria, durante los cuales los Gobiernos pueden implementar cambios de política previamente restringidos, en detrimento de los titulares de derechos, incluidos aquellos que poseen inversiones existentes conforme a la definición del párrafo 6(a) del Anexo 14-C. Tal resultado no es coherente con una interpretación de buena fe del Anexo 14-C y entra en conflicto tanto con el objeto como con el fin del T-MEC y su régimen transitorio.

III. CONTEXTO, OBJETO Y FIN

36. Tras haber abordado el sentido corriente del Anexo 14-C en la sección anterior, paso ahora a analizar su contexto y el objeto y fin del T-MEC y su régimen transitorio, tal como lo dicta el Artículo 31(1) de la CVDT.

⁶⁹ Véase párr. 27 *supra*.

37. El Artículo 31(2) de la CVDT especifica que “[p]ara los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá [. . .] [e]l texto, incluidos su preámbulo y anexos”. Por ende, los anexos, e incluso las notas al pie de los anexos, forman parte integrante de la interpretación, que es relevante a efectos de este arbitraje. A los efectos de la interpretación del T-MEC, este marco contextual abarca necesariamente también la sofisticada arquitectura de transición del Tratado, incluidos el Artículo 34.1 y los compromisos de previsibilidad incluidos en el Preámbulo, que también ayudan a identificar el objeto y fin del T-MEC. También incluye la relación estructural entre los anexos en materia de inversión.
38. El Artículo 34.1(1) establece que “[l]as Partes reconocen la importancia de una transición fluida del TLCAN de 1994 a este Tratado”. Esta disposición establece el compromiso del T-MEC con la gestión de la transición, que incluye necesariamente el período posterior a la terminación, cuando la incertidumbre regulatoria se encuentra en su punto álgido. Interpretar el Anexo 14-C a la luz de este contexto requiere conferirle el sentido de ampliar las protecciones sustantivas del TLCAN a las medidas posteriores a la terminación implementadas por los Estados. Cualquier interpretación más restringida crearía discontinuidades artificiales que socavarían los objetivos del régimen de gestión de la transición e incentivarían a los Estados a evitar la rendición de cuentas posponiendo las medidas perjudiciales hasta después de la terminación del TLCAN, precisamente cuando los inversionistas más necesitan las protecciones del régimen de transición, lo que fomenta la imprevisibilidad.
39. Este último punto es importante porque el propio T-MEC, en su Preámbulo, compromete a las Partes Contratantes a establecer un “marco legal y comercial claro, transparente y predecible para la planificación de negocios que apoye una mayor expansión del comercio y la inversión”. A mi juicio, este compromiso de previsibilidad exige mecanismos de protección que se extiendan al período de transición durante el cual las inversiones existentes, tal y como se definen inequívocamente en el párrafo 6(a) del Anexo 14-C, están sujetas a una mayor incertidumbre regulatoria. El compromiso de previsibilidad asumido en el T-MEC perdería coherencia si las inversiones existentes quedaran vulnerables ante las medidas estatales durante el delicado período posterior a la terminación, cuando podrían tener lugar acciones adversas por parte del Estado sin que el inversionista disponga de

recurso alguno, dadas las diferencias sustanciales entre el TLCAN y el T-MEC en materia de protección sustantiva expresamente señaladas tanto por México⁷⁰ como por la mayoría del Tribunal⁷¹. A la luz de lo anterior, y a diferencia de la mayoría del Tribunal, no puedo sino respaldar plenamente la opinión de la Demandante de que “[u]na restricción temporal implícita que no fue publicitada previamente no [. . .] establecería ni promovería marcos legales ni comerciales claros, transparentes y predecibles para la mayor expansión de la inversión y del Estado de Derecho”⁷². [Traducción del Árbitro Disidente]

40. No se logra satisfacer estos objetivos con la interpretación restrictiva que hace México del Anexo 14-C, ya que permite a los Estados evitar la responsabilidad por las medidas adoptadas en relación con las inversiones existentes tras la terminación del TLCAN contra las cuales el T-MEC no ofrece ninguna protección equivalente a aquellas disponibles en virtud del TLCAN. No logro ver cómo esta interpretación restrictiva conduce a “fortalecer de nuevo la amistad prolongada entre [las Partes Contratantes] y sus pueblos, y la sólida cooperación económica que se ha desarrollado a través del comercio y la inversión [o a] avanzar el fortalecimiento de sus cercanas relaciones económicas”⁷³, objetivos a los que se refiere expresamente el Preámbulo del T-MEC.
41. Ello también demuestra por qué debe preferirse la interpretación de que las inversiones existentes están protegidas también de las medidas estatales adoptadas después de la terminación del TLCAN, siempre que, por supuesto, se cumplan los *únicos* dos requisitos temporales establecidos en el Anexo 14-C: “[a]demás de la existencia de la inversión en la fecha de entrada en vigor del T-MEC, la única otra limitación temporal consiste en que el consentimiento a la presentación de una reclamación a arbitraje con respecto a una inversión existente expira el 1 de julio de 2023”⁷⁴ [Traducción del Árbitro Disidente]. No

⁷⁰ Véase, por ejemplo, Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, pág. 51 (párr. 140) (“Mientras que el TLCAN ofrecía una gama más amplia de protecciones a los inversionistas, y sus inversiones, el nuevo régimen del T-MEC es más estrecho, desde un punto de vista sustancial como procesal”).

⁷¹ Véase Opinión de la Mayoría, párr. 198.

⁷² Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de la Demandante, pág. 49 (párr. 131).

⁷³ Preámbulo del T-MEC.

⁷⁴ *TC Energy Corporation y TransCanada Pipelines Limited c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB/21/63, Opinión Disidente del Árbitro Henri C. Alvarez, K.C., 12 de julio de 2024, pág. 2 (párr. 5), RL-0040-ENG.

es necesario que se cumpla ningún otro requisito temporal para que el Tribunal pueda establecer su jurisdicción.

42. Cabe señalar que esta interpretación no contrasta con lo que el Profesor Tams, perito de México, considera “el verdadero objeto y fin del T-MEC, que precisamente no fue ampliar *los derechos de los inversionistas* más allá de los otorgados en el marco del TLCAN”⁷⁵ [Traducción del Árbitro Disidente]. Esto se debe a que la interpretación que aquí se favorece se aplica, como lo exige claramente el texto del Anexo 14-C, solo a las inversiones “establecida[s] o adquirida[s] entre el 1 de enero de 1994 y la fecha de la terminación del TLCAN de 1994, y en existencia en la fecha de entrada en vigor [del T-MEC]”, y a las reclamaciones “[que] alega[n] una violación de una obligación establecida en: (a) la Sección A del Capítulo 11 (Inversión) del TLCAN de 1994”. Por lo tanto, no hay una “ampliación” de los *derechos de los inversionistas* según la interpretación del Anexo 14-C que aquí propongo.

IV. LA INVOCACIÓN ERRÓNEA QUE HACE MÉXICO DEL ARTÍCULO 70 DE LA CVDT

43. Para contrarrestar el argumento de la Demandante de que el Anexo 14-C también se aplica a las medidas estatales adoptadas después de la terminación del TLCAN, México esbozó, *inter alia*, que “[l]a Demandante alega que ocurrieron violaciones a los Artículos 1110, 1102 y 1105 del TLCAN como resultado de ciertas medidas tomadas por la Demandada aproximadamente 2 años después de la terminación del TLCAN, en un momento en el que dichas disposiciones ya no estaban vigentes y, por lo tanto, ya no eran vinculantes para las Partes del TLCAN”⁷⁶. Según México (y su perito)⁷⁷, para que una medida equivalga a una violación de las obligaciones del TLCAN, basta con que la medida impugnada sea “susceptible de constituir tal violación”⁷⁸ [Traducción del Árbitro Disidente] y, por lo tanto, debe haber tenido “lugar cuando el TLCAN todavía estaba en vigor”⁷⁹. Invocando el Artículo 70(1)(a) de la CVDT, que en su parte pertinente establece que la terminación

⁷⁵ Informe Pericial de Christian J. Tams, pág. 6 (párr. 15) (énfasis agregado).

⁷⁶ Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, pág. 3 (párr. 7) (énfasis omitido).

⁷⁷ Véase, a modo de ejemplo, Informe Pericial de Christian J. Tams, pág. 8 (párr. 40).

⁷⁸ Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, pág. 21 (párr. 55); Informe Pericial de Christian J. Tams, pág. 8 (párr. 40).

⁷⁹ Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, pág. 21 (párr. 55).

de un tratado “[e]ximirá a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado”, México afirmó que “una reclamación [como las presentadas por la Demandante] no puede basarse en obligaciones que [. . .] ya no se encuentren en vigor”⁸⁰.

44. La posición de México, con la que concuerda la mayoría del Tribunal⁸¹, se basa en un silogismo válido en términos abstractos, pero que resulta improcedente en este caso. Aunque es cierto que, como regla general, la terminación de un tratado libera a las Partes Contratantes del cumplimiento ulterior de las obligaciones del tratado conforme al Artículo 70(1)(a) de la CVDT⁸², dicha regla no es más que eso: una regla general, no absoluta; es una “norma supletoria”⁸³, para emplear las mismas palabras del Profesor Tams, perito de México. Se trata de una norma supletoria que, según el encabezado del Artículo 70(1) de la CVDT, está sujeta a que el propio tratado disponga o que las Partes Contratantes convengan otra cosa. “Por lo tanto, no es en absoluto axiomático que la Sección A del Capítulo 11 del TLCAN no pueda aplicarse después de la terminación del TLCAN el 1 de julio de 2020”⁸⁴. [Traducción del Árbitro Disidente]

45. El Anexo 14-C es una cláusula que refleja que las Partes Contratantes convinieron otra cosa. Lejos de contradecir el Artículo 70(1)(a) de la CVDT, que es básicamente el argumento de México, el Anexo es una implementación de dicha disposición, que detalla la decisión de las Partes de preservar un subconjunto de obligaciones del TLCAN por un tiempo limitado. Muestra un acuerdo de las Partes Contratantes del TLCAN y del T-MEC de preservar no solo el mecanismo procesal del TLCAN, que, como se señalara *supra*⁸⁵, es un hecho respecto del cual no existe controversia entre las Partes⁸⁶, sino también las obligaciones sustantivas del TLCAN para una clase específica de inversiones durante tres años después de la terminación. Y ello no resulta sorprendente. De hecho, como señala el Profesor Schreuer, “[n]o es infrecuente que los tratados incluyan disposiciones por las que se dispone que los tratados predecesores seguirán aplicándose a determinadas situaciones.

⁸⁰ Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, pág. 13 (párr. 34); véase también Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, págs. 12-13 (párr. 23).

⁸¹ Véase Opinión de la Mayoría, párr. 196.

⁸² *Ibid.*

⁸³ Informe Pericial de Christian J. Tams, pág. 15 (párr. 64).

⁸⁴ Opinión Legal de Christoph Schreuer, pág. 15 (párr. 59).

⁸⁵ Véase párr. 6 *supra*.

⁸⁶ Véase Opinión de la Mayoría, párr. 178.

En particular, los TBI que sustituyen a TBI anteriores entre las mismas partes a menudo establecen que, si bien el nuevo tratado sustituye y deja sin efecto al anterior, ciertas disposiciones del BIT anterior continúan aplicándose a determinadas reclamaciones. La razón de ser de tales disposiciones es crear una continuidad en la protección de los inversionistas”⁸⁷ [Traducción del Árbitro Disidente], que es también la razón de ser del régimen transitorio del T-MEC.

46. Sin embargo, México sostuvo, y la mayoría del Tribunal acepta⁸⁸, como lo aceptara el tribunal en el caso *TC Energy*⁸⁹, que el Anexo 14-C es puramente procesal⁹⁰ y no preserva obligaciones sustantivas⁹¹, con la consecuencia de que, de conformidad con el Artículo 13 de los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, “[se] precluye la responsabilidad del Estado a menos de que una parte demandante pueda identificar el incumplimiento de una obligación vinculante para la Demandada en el momento de la supuesta violación. Este principio, firmemente arraigado en el derecho internacional consuetudinario, subraya que una reclamación no puede basarse en obligaciones que aún no han entrado en vigor o que ya no se encuentren en vigor”⁹². Esto es válido como principio general, pero no responde al punto en cuestión. La capacidad de constituir una violación del TLCAN depende de la ley que rija el supuesto agravio; el Anexo 14-C responde a esta cuestión respecto de las reclamaciones existentes presentadas durante el período de transición de tres años: rige la Sección A. En mi opinión, resulta circular afirmar que la Sección A no puede regir porque no rige.
47. No puedo estar de acuerdo con el argumento de México, respaldado por la mayoría de este Tribunal, que parte de la premisa de que se extiende la aplicación de la Sección B, pero no así la de la Sección A. Este criterio carece de sustento textual y coherencia lógica. Asimismo, priva de efecto a disposiciones clave y es incompatible con “el principio de eficacia (*effet utile*) [que] está ampliamente aceptado como principio fundamental de

⁸⁷ Opinión Legal de Christoph Schreuer, pág. 16 (párr. 61) (notas al pie omitidas).

⁸⁸ Véase, por ejemplo, Opinión de la Mayoría, párr. 186.

⁸⁹ *TC Energy Corporation y TransCanada Pipelines Limited c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB/21/63, Laudo, 12 de julio de 2024, pág. 36 (párr. 151), RL-0040-ENG.

⁹⁰ Véase, entre otros, Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, págs. 25-26 (párr. 67) (donde se hace referencia al “papel limitado del Anexo 14-C como mecanismo procesal”).

⁹¹ Véase, entre otros, Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, pág. 10 (párr. 25).

⁹² Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, págs. 13-14 (párr. 34).

interpretación de los tratados. Este principio exige que las disposiciones de un tratado se interpreten de manera conjunta y que ‘cada una de las disposiciones de un tratado se interprete de forma tal que cobre sentido y no que resulte carente de él (o inútil)’”⁹³. [Traducción del Árbitro Disidente]

48. Esto es importante, puesto que la Sección B, cuya extensión temporal a través del Anexo 14-C es un hecho dado que no es materia de controversia entre las Partes⁹⁴, no se sostiene por sí sola como un armazón procesal, como México pareciera sugerir. Tiene efectos sobre el derecho aplicable, porque contiene una cláusula de derecho aplicable, el Artículo 1131(1), que dispone que los tribunales “decidirá[n] las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional”. “Este Tratado” se refiere al TLCAN y a sus obligaciones sustantivas incluidas en la Sección A, como lo afirmaran varios tribunales⁹⁵. En consecuencia, para usar las palabras del laudo *Metalclad c. México*, que México cita en relación con una cuestión diferente⁹⁶ y no la que nos ocupa, a pesar de su relevancia y a pesar de que el párrafo citado por México es el mismo que contiene la declaración relevante para estos efectos: “[u]n Tribunal establecido conforme a la Sección B del Capítulo Once del TLCAN debe decidir las cuestiones controvertidas de acuerdo con el TLCAN y las reglas de derecho internacional aplicables (Artículo 1131(1) del TLCAN)”⁹⁷.

49. Esto, sin embargo, significa que la supervivencia procesal de la Sección B implica necesariamente la aplicación de los estándares sustantivos de la Sección A. Separar la

⁹³ *The Renco Group Inc. c. República del Perú* (CNUDMI), Decisión sobre el Alcance de las Objeciones Preliminares de la Demandada en virtud del Artículo 10.20.4, 18 de diciembre de 2014, en ¶ 177, CS-0056-ENG; véase también *Eureko B.V. c. República de Polonia, ad hoc*, Laudo Parcial, 19 de agosto de 2005, en ¶ 248 (“La interpretación de los tratados exige, como principio fundamental, que todas y cada una de las cláusulas dispositivas de un tratado se interpreten como significativas y no carentes de sentido. [L]os tratados y, por lo tanto, sus cláusulas deben interpretarse de forma que sean eficaces y no ineficaces”). [Traducción del Árbitro Disidente]

⁹⁴ Véase Opinión de la Mayoría, párr. 178.

⁹⁵ Véase, por ejemplo, *Pope & Talbot Inc c. Gobierno de Canadá*, Laudo sobre Daños, 31 de mayo de 2002, en ¶ 13 (“el Artículo 1131 exige al Tribunal que decida la cuestión controvertida de conformidad con el TLCAN y las normas aplicables del derecho internacional”); *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, Laudo Parcial (Fondo), 13 de noviembre de 2000, en ¶ 304 (“El Artículo 1131 dispone que los tribunales constituidos en virtud del Capítulo 11 decidirán... de conformidad con [el TLCAN] y el derecho internacional aplicable”). [Traducción del Árbitro Disidente]

⁹⁶ Véase Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, pág. 17 (párr. 43).

⁹⁷ *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000, en ¶ 70, RL-0030-SPA.

Sección A de la Sección B no solo contradiría la referencia deliberada que hacen las Partes a la Sección B en el Anexo 14-C, sino que también privaría de sentido al Artículo 1131(1) y sería contrario al principio de eficacia.

50. Esta es también la opinión del Profesor Schreuer, que comparto: “[l]a cláusula del TLCAN sobre derecho aplicable se incorpora al Anexo 14-C. No cabe duda de que el Anexo 14-C ordena la aplicación de los estándares sustantivos del TLCAN, tal como se enuncian en la Sección A (‘este Tratado’), a las presuntas violaciones con respecto a las inversiones existentes. En virtud de la referencia del Anexo 14-C a la Sección B del Capítulo 11 del TLCAN, y a su Artículo 1131, las protecciones sustantivas del TLCAN y las reglas de derecho internacional aplicables constituyen el derecho aplicable que rige los arbitrajes vinculados a inversiones existentes, independientemente de la terminación del TLCAN⁹⁸. [Traducción del Árbitro Disidente]

51. El argumento presentado por el Profesor Tams de que “el Anexo 14-C en general, y el párrafo 1 más específicamente, no contiene la redacción que más suele encontrarse en las cláusulas de derecho aplicable en los tratados de inversión”⁹⁹ y, por lo tanto “no respalda la afirmación de la Demandante de que se puede encontrar en él una cláusula de derecho aplicable”¹⁰⁰, es muy poco persuasivo. El mero hecho de que el párrafo 1 del Anexo 14-C no esté redactado utilizando “la redacción que más suele encontrarse” en los tratados de inversión no significa que no sea una cláusula que tenga efectos sobre el derecho aplicable. El Profesor Tams pretende que prevalezca la forma (en una modalidad muy específica) por sobre la sustancia. Esta opinión no puede disuadirme de que el Anexo 14-C extiende las obligaciones sustantivas del TLCAN durante tres años luego de su terminación. [Traducción del Árbitro Disidente]

⁹⁸ Segunda Opinión Legal de Christoph Schreuer, pág. 6 (párr. 19).

⁹⁹ Informe Pericial de Christian J. Tams, pág. 52 (párr. 154).

¹⁰⁰ *Ibid.*

V. NOTAS AL PIE 20 Y 21 Y SU RELEVANCIA

52. La Nota al pie 20 confirma —no contradice, como consideran México¹⁰¹, la mayoría de este Tribunal¹⁰² y el tribunal en el caso *TC Energy*¹⁰³—la conclusión esbozada *supra*. Su texto expreso establece que “[p]ara mayor certeza, se aplican las disposiciones pertinentes del [. . .] Capítulo 11 (Sección A) (Inversión) [. . .] del TLCAN de 1994 con respecto a tal reclamación.” Esto no puede descartarse como una mera indicación de que la Nota al pie 20 “se limita a confirmar la proposición no controvertida de que la Sección A resulta aplicable a las reclamaciones derivadas de medidas anteriores a la terminación del TLCAN”¹⁰⁴. Si, como insiste México, el texto del Anexo 14-C ya excluyera cualquier aplicación de la Sección A posterior a la terminación, no habría necesidad de subrayar la aplicabilidad de la Sección A en una nota al pie. La Nota al pie 20 confirma deliberadamente el resultado alcanzado a través del acuerdo de las Partes Contratantes registrado en el Anexo 14-C que prolonga por tres años las obligaciones sustantivas de la Sección A del Capítulo 11 del TLCAN. Sostener lo contrario torna superflua la Nota al pie 20, lo que viola el principio de eficacia. La interpretación que propugno preserva la coherencia del Anexo 14-C: La Sección B establece el mecanismo arbitral, el Artículo 1131(1) identifica el derecho sustantivo aplicable, y la Nota al pie 20 disipa cualquier duda al confirmar expresamente la aplicabilidad de la Sección A. Juntas, estas disposiciones crean un régimen integrado para las reclamaciones relativas a inversiones existentes con las dos únicas limitaciones temporales mencionadas *supra*¹⁰⁵.
53. Incluso si, *arguendo*, uno estuviera de acuerdo con el argumento de México, la opinión de la mayoría de este Tribunal y la del tribunal en *TC Energy* de que el Anexo 14-C es de índole meramente procesal y que las obligaciones sustantivas del TLCAN no se extienden a pesar de la existencia del Artículo 1131(1), las obligaciones sustantivas del TLCAN aún tendrían que considerarse aplicables durante el periodo de transición de tres años debido a

¹⁰¹ Véase Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, pág. 17 (párr. 43).

¹⁰² Véase Opinión de la Mayoría, párr. 182.

¹⁰³ *TC Energy Corporation y TransCanada Pipelines Limited c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB/21/63, Laudo, 12 de julio de 2024, págs. 39-40 (párrs. 161-165), RL-0040-ENG.

¹⁰⁴ Opinión de la Mayoría, párr. 182.

¹⁰⁵ Véase párr. 41 *supra*.

la Nota al pie 20. El texto de la Nota al pie 20 contiene varias características que respaldan la extensión de las obligaciones sustantivas del TLCAN, sin perjuicio del Artículo 1131(1).

54. El texto de la Nota al pie 20 establece lo siguiente: “Para mayor certeza, se aplican las disposiciones pertinentes del Capítulo 2 (Definiciones generales), el Capítulo 11 (Sección A) (Inversión), el Capítulo 14 (Servicios financieros), el Capítulo 15 (Política en materia de competencia, monopolios y empresas del Estado), el Capítulo 17 (Propiedad intelectual), el Capítulo 21 (Excepciones) y los Anexos I a VII (Reservas y excepciones a los capítulos de Inversión, Comercio transfronterizo de servicios y Servicios financieros) del TLCAN de 1994 con respecto a tal reclamación”.
55. Las características pertinentes del texto incluyen el imperativo “se aplican”, el objetivo “tal reclamación” y el alcance de los capítulos del TLCAN a los que se remite, que solo tienen sentido si siguen rigiendo las reclamaciones relativas a inversiones existentes. La expresión “se aplican” es normativa, no descriptiva; indica a los tribunales cómo resolver las controversias del Anexo 14-C. La expresión “tal reclamación” vincula el mandato de la Nota al pie 20 a las reclamaciones definidas en el párrafo 1 del Anexo 14-C, es decir, las reclamaciones por inversiones existentes en las que se alega violación de la Sección A, presentadas en virtud de la Sección B. El contorno temporal de dichas reclamaciones se establece en el párrafo 3, que fija un plazo de presentación de tres años después de la terminación. La lectura conjunta del párrafo 1 (en el que se definen las reclamaciones cubiertas) y el párrafo 3 (en el que se establece el plazo de presentación) permite identificar el universo de “tal[es] reclamaci[ones]” a las que, según la Nota al pie 20, “se aplican” las disposiciones del TLCAN mencionadas.
56. México y la mayoría de este Tribunal reducen la Nota al pie 20 a una reafirmación sobre las medidas previas a la terminación. La mayoría lo expresa del siguiente modo: “la Nota al pie 20 se limita a confirmar la proposición no controvertida de que la Sección A resulta aplicable a las reclamaciones derivadas de medidas anteriores a la terminación del TLCAN”¹⁰⁶. En mi opinión, esta lectura no puede conciliarse con el propio alcance y estructura de la Nota al pie 20.
57. La Nota al pie 20 no se limita a la Sección A; enumera las definiciones, los servicios financieros, la política en materia de competencia, los monopolios y las empresas del

¹⁰⁶ Opinión de la Mayoría, párr. 182.

Estado, la propiedad intelectual, las excepciones y los Anexos I a VII, es decir, un marco integral que resulta relevante a los efectos de las medidas posteriores a la terminación. Si las reclamaciones por inversiones existentes se limitaran a aquellas relativas a medidas previas a la terminación, la Nota al pie 20 sería superflua. El principio de eficacia se opone a una interpretación que prive de efecto a una cláusula adoptada. Por lo tanto, aun suponiendo, *arguendo*, que el Artículo 1131(1) no desempeña el papel que se le atribuyera *supra*, la propia Nota al pie 20 suple el nexo faltante al afirmar que los capítulos enumerados *supra* “se aplican [...] con respecto a tal reclamación”.

58. Además, el término “tal reclamación” es un término de referencia a las reclamaciones del párrafo 1 del Anexo 14-C, por las que se “alega[] una violación de una obligación establecida en [...] la Sección A del Capítulo 11 (Inversión) del TLCAN de 1994”, presentadas “de conformidad con la Sección B del Capítulo 11 (Inversión) del TLCAN de 1994”, reclamaciones que pueden presentarse durante el periodo de tres años tras la terminación del TLCAN fijado por el párrafo 3. No hay ningún calificativo textual en la Nota al pie 20 que limite las medidas que dan lugar a tales reclamaciones a medidas anteriores a la terminación del TLCAN. Los redactores supieron establecer las limitaciones temporales y colocarlas expresamente donde estaba previsto.
59. El contexto confirma esta interpretación. La Nota al pie 21 excluye las reclamaciones elegibles en virtud del Anexo 14-E: “México y Estados Unidos no otorgan su consentimiento conforme al párrafo 1 con respecto a un inversionista de la otra Parte que sea elegible para someter reclamaciones a arbitraje [de] conformidad con el párrafo 2 del Anexo 14-E (Solución de Controversias de Inversión México-Estados Unidos Relacionadas con Contratos de Gobierno Cubiertos)”. Esta excepción presupone un posible solapamiento entre las reclamaciones por inversiones existentes del Anexo 14-C y las reclamaciones posteriores a la entrada en vigor del Anexo 14-E del T-MEC. Este solapamiento solo puede existir si el Anexo 14-C y, por ende, la Nota al pie 20 alcanzan a las medidas posteriores a la terminación del TLCAN. Esto se debe a que las obligaciones del Capítulo 14 del T-MEC, a las que se refiere el Anexo 14-E, solo resultan aplicables a las medidas adoptadas después de la entrada en vigor del T-MEC. Ello se debe a que el Capítulo 14 solo se aplica de forma prospectiva, a falta de excepciones al Anexo 14-C. El Artículo 14(2)(3) establece que “este Capítulo, salvo lo dispuesto [en] el Anexo 14-C

(Transición para Reclamaciones de Inversión y Reclamaciones Pendientes) no vincula a una Parte en relación a un acto o hecho que tuvo lugar o una situación que cesó de existir antes de la fecha de entrada en vigor de este Tratado”. Debido a que las reclamaciones del Anexo 14-E se presentan en virtud de “este Capítulo”¹⁰⁷, las medidas del Estado impugnadas deben surgir después de la entrada en vigor del T-MEC. Por lo tanto, la Nota al pie 21 presupone necesariamente que el Anexo 14-C cubre también las medidas posteriores a la terminación del TLCAN, es decir, las medidas posteriores a la entrada en vigor del T-MEC (a efectos de las reclamaciones del Anexo 14-E). De lo contrario, no habría necesidad de una excepción.

60. Por los motivos expuestos *supra*, incluso aceptando, *quid non*, el argumento de México (y el punto de vista adoptado por la mayoría de este Tribunal y por el tribunal en *TC Energy*) respecto del Artículo 1131(1), la Nota al pie 20 extiende, de manera independiente, la aplicación de la Sección A a las reclamaciones por inversiones existentes dentro del período establecido por el párrafo 3 del Anexo 14-C. Toda interpretación que niegue tal efecto a la Nota al pie 20 implicaría tratar un texto negociado como meramente decorativo, despojándolo de su carácter normativo, lo que atenta contra del principio de eficacia.
61. Por lo tanto, concluyo que, por aplicación del Anexo 14-C y de las Notas al pie 20 y 21, las protecciones sustantivas de la Sección A del Capítulo 11 del TLCAN se aplican a las reclamaciones por inversiones existentes, incluidas las derivadas de medidas adoptadas tras la terminación del TLCAN, pero dentro del período de transición de tres años.

VI. PRUEBAS DOCUMENTALES Y CONDUCTA ULTERIOR

62. El expediente brinda sustento a la interpretación alcanzada.
63. México alegó que “la Demandante t[enía] la carga de establecer la jurisdicción del Tribunal”¹⁰⁸ y que “la Demandante no ha cumplido con su carga”¹⁰⁹. Para corroborar su

¹⁰⁷ Véase Anexo 14-E, párrafo 2(a)(i): “la demandante, por cuenta propia, podrá someter a arbitraje de conformidad con el Anexo 14-D (Solución de Controversias de Inversión México-Estados Unidos) una reclamación en el sentido de: (i) que la demandada ha violado cualquier obligación *conforme a este Capítulo*” (énfasis agregado).

¹⁰⁸ Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, pág. 6 (párr. 15)

¹⁰⁹ *Ibid.*

argumento, la Demandada se remite a la jurisprudencia¹¹⁰ y sostiene, *inter alia*,¹¹¹ que “[e]s un principio aceptado del derecho internacional que la parte demandante en un arbitraje tiene la carga legal de demostrar que el tribunal tiene jurisdicción para considerar su reclamación”¹¹². Por otro lado, la Demandante argumentó que “en el marco de una controversia sobre jurisdicción, no existe ningún principio legal que asigne la carga de la prueba a una u otra parte. No se impone apriorísticamente a ninguna de las partes la carga de la prueba para demostrar la existencia de consentimiento. Por su parte, tanto la CIJ como los tribunales de inversión han rechazado un enfoque apriorístico, optando en cambio por analizar la preponderancia de la autoridad que justifique el ejercicio de la jurisdicción”¹¹³. [Traducción del Árbitro Disidente]

64. En mi opinión, no hay necesidad de resolver definitivamente la controversia mencionada *supra*, ya que cualquiera de los dos enfoques conduce a la interpretación que yo propugno aquí, es decir, que el Anexo 14-C también extiende las protecciones sustantivas del TLCAN a las medidas posteriores a la terminación adoptadas por los Estados Contratantes.
65. Esto es válido para el enfoque según el cual “el establecimiento o no de la competencia no es una cuestión que incumba a las partes, sino al propio Tribunal de Justicia. Aunque una parte que pretenda afirmar un hecho debe soportar la carga de probarlo..., esto no tiene relevancia para el establecimiento de la jurisdicción de la Corte, que es una ‘cuestión de

¹¹⁰ Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, pág. 6 (párr. 15).

¹¹¹ Véanse *inter alia* *Lighthouse Corporation Pty Ltd y Lighthouse Corporation Ltd, IBC c. República Democrática de Timor-Leste*, Caso CIADI No. ARB/15/2, Laudo, 22 de diciembre de 2017, en ¶ 148, RL-0021-ENG; *Sergei Viktorovich Pugachev c. La Federación Rusa*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción, 18 de junio 2020, en ¶ 248, RL-0022-ENG; *ICS Inspection and Control Services Limited c. La República Argentina*, Caso CPA No. 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción, 10 de febrero de 2012, en ¶ 280, RL-0023-SPA.

¹¹² Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, pág. 6 (párr. 15, nota al pie 11) (donde se cita *Hydro S.r.l. et al. c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/15/28, Laudo, 24 de abril de 2019, en ¶ 248, RL-0020-ENG).

¹¹³ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de la Demandante, pág. 17 (párr. 43) (donde se invoca, *inter alia*, Opinión Legal de Christoph Schreuer, pág. 7 (párrs. 22-24); Jurisdicción en Materia de Pesquerías (España contra El Canadá) (Competencia de la Corte), Fallo de la CIJ, 4 de diciembre de 1998, *1998 ICJ Reports*, en ¶¶ 37-38, CS-0003-ENG; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 20 de julio de 2006, en ¶ 37, CS-0006-ENG; *WNC Factoring Ltd c. La República Checa*, Caso CPA No. 2014-34, Laudo, 22 de febrero de 2017, en ¶ 293, CS-0009-ENG; *Addiko Bank AG y Addiko Bank d.d. c. República de Croacia*, Caso CIADI No. ARB/17/37, Decisión sobre la Excepción a la Jurisdicción Presentada por Croacia en Relación con la Supuesta Incompatibilidad del TBI con el *Acquis* de la UE, 12 de junio de 2020, en ¶ 200, CL-0021-ENG).

derecho a ser resuelta a la luz de los hechos relevantes’ [...]. Siendo así, no existe una carga de la prueba que deba ser cumplida en materia de competencia. Más bien, corresponde a la Corte determinar, a partir de todos los hechos y teniendo en cuenta todos los argumentos presentados por las Partes, ‘si la fuerza de los argumentos que militan a favor de la jurisdicción es preponderante’, y ‘determinar si existe una intención por parte de las Partes de conferirle jurisdicción’” [...]”¹¹⁴. A la luz de todo el expediente, que incluye los documentos invocados por la Demandante que supuestamente demuestran la intención de los Estados Contratantes de extender el ámbito temporal de aplicación de la Sección A del Capítulo XI más allá de la terminación del TLCAN, enumerados en el párrafo 205 de la Opinión de la Mayoría, así como los argumentos presentados por las Partes, concluyo que la interpretación expansiva es la única que se le presenta como válida al intérprete.

66. No obstante, incluso si *arguendo* se adoptara el enfoque de México, que no es más que una aplicación del principio *onus probandi incumbit actori*, se llegaría a la misma conclusión, pues habría que discrepar de la afirmación de México de que la Demandante no pudo cumplir con esta carga. En mi opinión, el principio *onus probandi incumbit actori* solo requiere que la Demandante demuestre la existencia de las cuatro condiciones derivadas directamente del texto del Anexo 14-C —las *únicas* condiciones consagradas en el texto del Anexo 14-C¹¹⁵—. México tendría que probar la existencia de la condición adicional que alegó sin fundamento textual alguno. Esto se encuentra en consonancia con el principio *onus probandi incumbit actori* que el propio México invoca: la parte que afirma que un tratado tiene un determinado significado debe fundamentar esa interpretación, en particular, cuando el significado o la condición no se desprende claramente del texto, como ocurre en el presente arbitraje. Por lo tanto, incluso si uno estuviera de acuerdo con México en que el Tribunal debe basarse en el principio *onus probandi incumbit actori* al pronunciarse sobre la jurisdicción, México aún tendría la carga de demostrar que la condición adicional que afirmó es una de las condiciones requeridas por el Anexo 14-C, a pesar de la ausencia de toda base textual. México no cumplió con esta carga, mientras que,

¹¹⁴ Jurisdicción en Materia de Pesquerías (España contra El Canadá) (Competencia de la Corte), Fallo de la CIJ, 4 de diciembre de 1998, 1998 ICJ Reports, en pág. 432, CS-0003-ENG.

¹¹⁵ TC Energy Corporation y TransCanada Pipelines Limited c. Estados Unidos de América, Caso CIADI No. ARB/21/63, Opinión Disidente del Árbitro Henri C. Alvarez, K.C., 12 de julio de 2024, pág. 2 (párr. 3) RL-0040-ENG.

en mi opinión, la Demandante sí lo hizo. Esto no resulta demasiado sorprendente, ya que una parte, como la Demandante en este arbitraje, que propone una interpretación coherente con el sentido corriente del texto, debe demostrar que la base textual respalda ese sentido. Por lo general, esto no se considera una carga elevada, ya que se presume que el sentido corriente es accesible; sin duda, lo es en este caso, en mi opinión. Una parte, como México, que argumenta a favor de una condición implícita o adicional —en especial, una que no aparece en el texto— debe demostrar la existencia de un fundamento jurídico que permita interpretar dicha condición como parte del tratado. Se trata de una carga mucho más elevada, que México no ha cumplido.

67. Cabe señalar que imponer a la Demandante la carga de probar el requisito jurisdiccional adicional previo no previsto en el texto implicaría exigirle que demuestre la inexistencia de una condición no enunciada, obligándola así a probar un hecho negativo. En mi opinión, esto no se encuentra en consonancia con el principio que el propio México expusiera, y también viola el requisito del Artículo 31 de la CVDT de que toda interpretación se realice de buena fe.
68. En cuanto a la práctica ulterior de las Partes Contratantes, en la que México se basa en gran medida para tratar de demostrar que existe un entendimiento común entre las Partes Contratantes de que “el Anexo 14-C no implica, de ninguna manera, la supervivencia o continuación de las obligaciones sustantivas de la Sección A”¹¹⁶, es cierto que, como cuestión de principio, conforme al Artículo 31(3)(b) de la CVDT, la práctica ulterior en la aplicación de un tratado puede, en teoría, contribuir a la interpretación de ese tratado, incluso cuando dicha práctica surgió durante las controversias.
69. Esta posición ha sido asumida también por la mayoría de este Tribunal, que considera las posturas interpretativas de los Estados Contratantes que se desprenden de la práctica ulterior, incluidas las comunicaciones de Estados parte no contendientes, por dos motivos: el Artículo 1128 del TLCAN, que permite a las partes no contendientes presentar comunicaciones interpretativas, lo que demuestra la intención de los redactores¹¹⁷, y los principios establecidos del derecho internacional, que permiten que las declaraciones

¹¹⁶ Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, págs. 18-19 (párr. 47).

¹¹⁷ Véase Opinión de la Mayoría, párr. 193.

hechas por las partes del tratado, incluso durante las controversias, constituyan una práctica ulterior que debe tenerse en cuenta al interpretar los tratados¹¹⁸.

70. Si bien no estoy en desacuerdo con la mayoría del Tribunal sobre el principio, debo señalar que hay tribunales que han abordado la cuestión de si las presentaciones realizadas por los Estados al defender las reclamaciones de arbitraje en materia de inversiones constituyen una práctica ulterior, con el resultado de rechazar dichas presentaciones como prueba de acuerdo interpretativo¹¹⁹. Teniendo en cuenta, tal como se mencionara *supra*¹²⁰, que se debería confiar en “las soluciones jurídicas reflejadas en una serie de casos coherentes”¹²¹ para promover el “desarrollo armonioso del derecho de las inversiones y, de este modo, cumplir[] las expectativas legítimas de la comunidad de Estados e inversionistas respecto de la seguridad jurídica y el Estado de Derecho”¹²², me pregunto si la solución adoptada por estos tribunales debería realmente descartarse por completo.
71. No obstante, incluso si se acepta totalmente el principio, es importante reconocer que este no puede sostenerse por sí solo como justificación suficiente para sustentar el argumento de México. El principio no puede operar de manera autónoma, desvinculado de las circunstancias de hecho específicas que definen la presunta práctica ulterior. La referencia de México a diversas presentaciones arbitrales como prueba de una práctica ulterior que establece un acuerdo entre los Estados Contratantes del TLCAN/T-MEC respecto a la interpretación del Anexo 14-C no resulta sostenible ante un análisis riguroso de las circunstancias que giran en torno a la presunta práctica ulterior. La cronología, el contexto y la motivación de las presentaciones revelan que se trata de posturas defensivas demasiado reactivas y demasiado interesadas para poder constituir, en el presente caso, una auténtica práctica interpretativa, tal como exige el Artículo 31(3)(b) de la CVDT.

¹¹⁸ Véase Opinión de la Mayoría, párr. 194.

¹¹⁹ Véase, por ejemplo, *Urbaser S.A. y otros c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de diciembre de 2012, en ¶ 51, CS-0053-ENG; *Daimler Financial Services AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo, 22 de agosto de 2012, en ¶ 272, CT-0076-ENG; *Telefónica S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/20, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 25 de mayo de 2006, en ¶¶ 112, 114, CS-0050-ENG; *Gas Natural SDG, S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/10, Decisión del Tribunal sobre preguntas preliminares sobre jurisdicción, 17 de junio de 2005, en ¶ 47, nota al pie 12, CS-0049-ENG.

¹²⁰ Véase párr. 13 *supra*.

¹²¹ Opinión de la Mayoría, pág. 104.

¹²² *Ibid.*

72. El ejemplo más elocuente es la presentación de México en virtud del Artículo 1128 de 10 de abril de 2024 en *Westmoreland Coal c. Canadá (III)*¹²³, donde México, *inter alia*, argumentó que el Anexo 14-C solo contemplaba reclamaciones por violaciones del TLCAN que hubieran surgido de medidas adoptadas antes de la terminación del TLCAN en el mes de julio de 2020 y que, una vez que el TLCAN terminó, los Estados ya no se encontraban vinculados por las obligaciones del Capítulo 11 del TLCAN¹²⁴. Y lo hizo a pesar de que dichas cuestiones y el Anexo 14-C no constituían objeto alguno de controversia, dado que las medidas impugnadas eran anteriores al 1 de julio de 2020, tal como lo confirmara el tribunal al señalar que “[l]a Demandante alega violaciones al TLCAN por parte de Canadá respecto de medidas adoptadas, a más tardar, el 24 de noviembre de 2016, mientras el TLCAN se encontraba en vigor”¹²⁵. En vista de ello, coincido con la apreciación de la Demandante de que la “presentación conforme al Artículo 1128 solo puede entenderse como un intento de reforzar sus propias defensas arbitrales, más que como un esfuerzo por asistir a [ese] tribunal (en una cuestión que ni siquiera se encontraba ante su consideración)”¹²⁶. [Traducción del Árbitro Disidente]
73. La conducta de Canadá es la prueba más clara de una postura litigiosa reactiva y no del tipo de práctica ulterior a la que se refiere el Artículo 31(3)(b) de la CVDT. La primera articulación por parte de Canadá de la interpretación restrictiva tuvo lugar el 15 de julio de 2024, en su Memorial de Réplica sobre el Fondo y Memorial sobre Jurisdicción de Canadá en *Ruby River Capital LLC c. Canadá*¹²⁷. El momento en el que se dictó el laudo *TC Energy* muestra la naturaleza interesada y puramente defensiva de esa presentación. El tribunal en *TC Energy* dictó su laudo el 12 de julio de 2024, por el cual rechazó la reclamación de USD 15.000 millones sobre la base de que el Anexo 14-C no extendía la protección sustantiva del TLCAN a las medidas del periodo de transición. Canadá no presentó ninguna comunicación en virtud del Artículo 1128 ni en *TC Energy* ni en *Coeur Mining*. Sin

¹²³ *Westmoreland Coal Company c. Gobierno de Canadá (III)*, Caso CIADI No. UNCT/23/2, Escrito de los Estados Unidos Mexicanos en virtud del Artículo 1128 del TLCAN, 10 de abril de 2024, RL-0057-ENG.

¹²⁴ Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada-ESP, págs. 59-60 (párr. 167).

¹²⁵ *Westmoreland Coal Company c. Gobierno de Canadá (III)*, Caso CIADI No. UNCT/23/2, Laudo, 17 de diciembre de 2024, en ¶ 85, CL-0235-ENG.

¹²⁶ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de la Demandante, pág. 152 (párr. 362).

¹²⁷ Véase *Ruby River Capital LLC c. Canadá*, Caso CIADI No. ARB/23/5, Memorial de Contestación sobre el Fondo y Memorial sobre Jurisdicción de Canadá, 15 de julio de 2024, RL-0048.

embargo, tres días después de que se dictara el laudo en *TC Energy*, Canadá presentó su Memorial de Réplica en *Ruby River*, adoptando la misma postura.

74. No se puede exagerar la ironía de la postura de Canadá. TC Energy Corporation, la demandante que planteó la reclamación de USD 15.000 millones contra Estados Unidos, es, a su vez, una importante empresa canadiense de infraestructura energética. Por ende, Canadá se encontró en la situación de que una de sus propias empresas estaba presentando una reclamación contra Estados Unidos en virtud del Anexo 14-C basada en medidas adoptadas durante el periodo de transición, mientras que Canadá se defendía simultáneamente contra Ruby River, donde la adopción de la interpretación restrictiva serviría a sus propios intereses como demandado. Esta tensión explica el prolongado y llamativo silencio de Canadá sobre la cuestión.
75. La secuencia demuestra que Canadá evitó adoptar una postura sobre este particular durante el mayor tiempo posible, intentando incluso suspender el procedimiento de *Ruby River* a la espera de la decisión del tribunal en *TC Energy*, negándose a solicitar la bifurcación sobre la base del Anexo 14-C cuando finalmente se vio obligada a presentar una solicitud de bifurcación, y no presentando comunicaciones en virtud del Artículo 1128 en los casos *TC Energy* o *Coeur Mining* cuando México y Estados Unidos estaban presentando activamente dichas comunicaciones. La reticencia de Canadá solo puede explicarse por la tensión entre sus intereses como demandado en *Ruby River* y la posición adoptada por TC Energy (una importante empresa canadiense) frente a Estados Unidos. Optar por una interpretación amplia del Anexo 14-C habría favorecido los intereses de TC Energy, comprometiendo al mismo tiempo la defensa de Canadá en *Ruby River*. La adopción de una interpretación restrictiva mientras la reclamación de TC Energy seguía siendo viable habría colocado a Canadá en la insostenible posición de tener que argumentar en contra de los intereses de un ciudadano corporativo muy importante en un caso en el que se reclamaba una indemnización de más de USD 15.000 millones.
76. Una vez que el tribunal en *TC Energy* se pronunció a favor de la interpretación restrictiva el 12 de julio de 2024, esta tensión se evaporó. La decisión eliminó las posibilidades de éxito de TC Energy en sus reclamaciones, así como el costo político que habría supuesto para Canadá adoptar la interpretación restrictiva en su propio beneficio defensivo. Tres días después, Canadá presentó su Memorial de Réplica sobre *Ruby River*. En mi opinión,

esta secuencia demuestra que la postura de Canadá no se basó en una verdadera comprensión interpretativa, sino en la adopción interesada de una decisión favorable a sus intereses defensivos una vez que dicha decisión había eliminado el conflicto mencionado. Si bien esta manera de proceder es, desde luego, legítima, esta secuencia —el silencio cuando una importante empresa canadiense (TC Energy) y también, cabe mencionar, una empresa estatal canadiense, a saber, Alberta Petroleum Marketing Commission (APMC) estaban presentando reclamaciones¹²⁸, seguido de un giro de 180 grados tres días después de un laudo adverso— no puede conciliarse con la “práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado” que establece un acuerdo entre las Partes con respecto a la interpretación del Anexo 14-C. Se trata, por el contrario, de un posicionamiento litigioso defensivo por excelencia orientado a resultados.

77. En lo que respecta a Estados Unidos, su comunicación en virtud del Artículo 1128 en el caso *Coeur Mining*¹²⁹ pone de manifiesto los extremos excepcionales a los que recurrió Estados Unidos para respaldar una postura que servía a sus intereses defensivos. Su comunicación incluyó cuatro “informes periciales” que Estados Unidos había presentado previamente al tribunal en *TC Energy* en su propia defensa. Estos informes no se prepararon para *Coeur Mining*; fueron claramente producto del trabajo elaborado en el marco de una controversia para la defensa de Estados Unidos ante una reclamación de USD 15.000 millones en su contra por parte de la empresa canadiense TC Energy, que el tribunal en *Coeur Mining* excluyó y eliminó del expediente sobre la base de que “la inclusión de los Informes de PNC, tal como se encontraban redactados para su uso en un caso diferente y paralelo, como parte de la Presentación de PNC de Estados Unidos en este caso, si se permitiera que permanezcan en el expediente de este arbitraje, perturbaría este procedimiento y menoscabaría los derechos de debido proceso de las Partes

¹²⁸ Véase *Alberta Petroleum Marketing Commission c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. UNCT/23/4, Notificación de Intención de Someter una Reclamación a Arbitraje, 9 de febrero de 2022, CL-0236-ENG; *Alberta Petroleum Marketing Commission c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. UNCT/23/4, Memorial de la Demandante, 16 de abril de 2024, CL-0237-ENG.

¹²⁹ *Coeur Mining, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/22/1, Presentación de los Estados Unidos de América, CT-0091.

contendientes”¹³⁰, “así como su interés legítimo en un procedimiento eficiente, y socavaría la integridad de este procedimiento”¹³¹. [Traducción del Árbitro Disidente]

78. El intento de Estados Unidos de introducir informes periciales provenientes de su propia defensa en el marco de otra controversia en una comunicación en virtud del Artículo 1128 con el supuesto objeto de asistir a un tribunal como Parte No Contendiente demuestra claramente que la comunicación de Estados Unidos se encontraba motivada por intereses defensivos más que interpretativos. Un verdadero esfuerzo por asistir al tribunal mediante una interpretación neutral de las disposiciones del tratado no implicaría importar informes periciales preparados únicamente para la propia defensa del Estado que los presenta.
79. En vista de lo expuesto *supra*, concluyo que las comunicaciones invocadas por México como “práctica ulterior” son comunicaciones episódicas y contenciosas que no reflejan una “práctica [...] seguida en la aplicación del tratado”, y que no establecen ningún acuerdo entre las tres Partes del TLCAN. En particular, las comunicaciones de PNC de México siguen su postura defensiva e incluso se inmiscuyeron en un caso en el que el Anexo 14-C era irrelevante (*Westmoreland*); la postura tardía de Canadá —expresada por primera vez tres días después de la decisión de TC Energy— confirma una postura reactiva, orientada a resultados, no una práctica interpretativa estable; y las comunicaciones de PNC de Estados Unidos se presentaron recién después de que afrontara una gran exposición e incluso intentara importar informes periciales de *TC Energy* redactados con fines defensivos en *Coeur Mining*, que el tribunal excluyó. En consecuencia, no puedo atribuir ningún peso a estas comunicaciones como “práctica ulterior” en virtud del Artículo 31(3)(b) de la CVDT.
80. Además, ningún elemento del expediente presentado por México demuestra que los Estados Contratantes sostuvieran la opinión de México con respecto a la restricción temporal sobre el momento de adopción de las medidas estatales antes de presentar los escritos procesales y/o las comunicaciones en virtud del Artículo 1128 del TLCAN. De hecho, la postura probatoria de México ha sido una postura de silencio: se ha rehusado a presentar registros de negociaciones o documentos internos, incluso cuando dichos

¹³⁰ *Coeur Mining, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/22/1, Resolución Procesal No. 4, 28 de mayo de 2024, en ¶ 60, CL-0238-ENG.

¹³¹ *Coeur Mining, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/22/1, Resolución Procesal No. 4, 28 de mayo de 2024, en ¶ 62, CL-0238-ENG.

materiales fueron solicitados específicamente de conformidad con la propia ley de transparencia de México¹³². Este silencio subraya que no hay base probatoria para la afirmación de México de que “una lectura directa del Anexo 14-C —consistente con el Artículo 31 de la CVDT— no establece consentimiento para arbitrar reclamaciones provenientes de reclamaciones surgidas de medidas posteriores a la terminación del TLCAN bajo el Anexo 14-C”, más allá de los escritos procesales de México y las comunicaciones de Canadá y Estados Unidos que, como se ha demostrado, no equivalen a una práctica ulterior conforme al Artículo 31(3)(b) de la CVDT.

VII. EL REGISTRO DOCUMENTAL Y EL CORREO ELECTRÓNICO DEL SR. MANDELL DE 2 DE MARZO DE 2021

81. A diferencia de México, la Demandante adujo abundantes documentos de negociación contemporáneos¹³³, incluso documentos que la mayoría de este Tribunal desestima a primera vista sobre la base de que “son documentos internos que no se han intercambiado simultáneamente entre los Estados Contratantes”,¹³⁴ y cuyo contenido de todos modos “no es concluyente con respecto a la posible extensión de la Sección A del Capítulo 11 más allá de la vigencia del TLCAN”¹³⁵.
82. Me veo obligado a discrepar de la mayoría por varios motivos. El Artículo 32 de la CVDT no excluye *a priori* el hecho de que las declaraciones unilaterales puedan fundamentar la interpretación del texto de un tratado. Ello se debe a que, como declarara, *inter alia*, el tribunal en *Churchill Mining*, “el Artículo 32 de la CVDT permite recurrir a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias en torno a su celebración. No ofrece una lista exhaustiva de materiales admisibles y, por lo tanto, el Tribunal goza de discrecionalidad para incluir cualquier elemento capaz de arrojar luz sobre la interpretación de [un tratado]”¹³⁶ [Traducción del Árbitro Disidente]. De hecho, “[l]a gama de medios de

¹³² Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de la Demandante, págs. 130-133 (párrs. 318-326).

¹³³ Véase la lista de documentos a los que se hace referencia en Opinión de la Mayoría, párrs. 205 y 206.

¹³⁴ Opinión de la Mayoría, párr. 205.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ *Churchill Mining Plc y Planet Mining Pty Ltd c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/12/14 y 12/40, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de febrero de 2014, en ¶ 181, CT-0067-ENG.

interpretación complementarios que un tribunal puede utilizar para dilucidar el significado del lenguaje ambiguo de un tratado es amplia”¹³⁷ [Traducción del Árbitro Disidente], e incluye, en mi opinión, también las declaraciones unilaterales. No estoy sugiriendo que estos documentos formen parte de los *travaux préparatoires*, que bien pueden exigir que se cumplan ciertas características para ser calificados como tales¹³⁸, pero aun así pueden ser invocados como otros “medios complementarios” para confirmar una interpretación con arreglo al Artículo 31. Existe sustento jurídico para esta afirmación, incluso en la propia fuente citada por la mayoría del Tribunal¹³⁹. En efecto, Dörr no solo afirma que “[p]ueden tomarse en consideración documentos o hechos que guarden una relación lo suficientemente estrecha con la elaboración del tratado y tengan, por lo tanto, a los ojos del intérprete, una incidencia directa en la interpretación”¹⁴⁰, sino también que “[e]n definitiva, parece que depende básicamente de la apreciación del intérprete si puede considerarse razonablemente que el material en cuestión contribuye a establecer el sentido del tratado examinado y, en caso afirmativo, apenas existen límites claros para su consideración en virtud del Art. 32. La disposición deja al intérprete una amplia discrecionalidad al respecto”¹⁴¹ [Traducción del Árbitro Disidente]. El Proyecto de conclusiones de la CDI sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados lo confirma al afirmar que “[e]l artículo 32 contiene una lista no exhaustiva de medios de interpretación complementarios”¹⁴² y al referirse al “carácter discrecional del recurso a los medios de interpretación complementarios previstos en el artículo 32”¹⁴³.

¹³⁷ *Muhammet Çap y Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Şti. c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/12/6, Decisión sobre Jurisdicción, 13 de febrero de 2015, en ¶ 251, CL-0180-ENG.

¹³⁸ Véase, por ejemplo, O. Dörr, *Article 32*, en O. Dörr y K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (2.^a ed., Springer, 2019), pág. 621 (párrs. 12-14), CT-0061-ENG.

¹³⁹ Véase Opinión de la Mayoría, párr. 204, notas al pie 109 y 110.

¹⁴⁰ O. Dörr, *Article 32*, en O. Dörr y K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (2.^a ed., Springer, 2019), pág. 627 (párr. 26), CT-0061-ENG.

¹⁴¹ Id. en pág. 627 (párr. 27).

¹⁴² Proyecto de conclusiones de la CDI sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, con comentarios, UN Doc. A/73/10, Capítulo IV, 2018, Comentario sobre la Conclusión 2, pág. 20 (párr. 8), CS-0047.

¹⁴³ *Ibid.*

83. En vista de ello, considero que los documentos presentados por la Demandante que se enumeran expresamente en la Opinión de la Mayoría sí tienen valor probatorio¹⁴⁴. También considero que no tienen un carácter no concluyente, como sugiere la mayoría. Es innegable que demuestran, *ad minimum*, que la protección de las inversiones existentes frente a las medidas estatales nunca se había limitado a las medidas anteriores a la terminación del TLCAN. Y México no presentó ningún documento o declaración testimonial para demostrar lo contrario.
84. También discrepo de mis colegas en cuanto a su evaluación del correo electrónico, de fecha 2 de marzo de 2021, redactado por Lauren A. Mandell, Subsecretario Adjunto de USTR para Inversiones y Negociador Principal de EE. UU. en materia de Inversiones del T-MEC (en funciones en el período comprendido entre los años 2013 y 2019), quien también se desempeñó como Asesor Principal en materia de Negociación, Legislación y Derecho Administrativo de USTR durante ese período. En ese correo electrónico, el Sr. Mandell afirma expresamente que Estados Unidos pretendía que el Anexo 14-C “abarcara medidas existentes tanto antes como después de la entrada en vigor del T-MEC.”¹⁴⁵. La mayoría descarta la importancia de dicho correo electrónico y sostiene que “dejando de lado la cuestión del valor probatorio de este intercambio interno, informal y no contemporáneo, el contenido demuestra, en el mejor de los casos, el recuerdo del Sr. Mandell de la posición de EE.UU., sin pruebas de que dicha posición se comunicara a los demás Estados en términos claros en el momento en que negociaron el T-MEC. En ese contexto, este correo electrónico no es de ayuda a fin de establecer la intención común de los Estados Contratantes”¹⁴⁶.
85. Debo cuestionar esta línea de razonamiento desde una perspectiva metodológica, dada la mencionada “amplia discrecionalidad” de la que gozan los intérpretes a la hora de decidir en qué documentos basarse como otros medios complementarios para confirmar una interpretación en virtud del Artículo 31 de la CVDT¹⁴⁷. Esta discrecionalidad nos permite atribuir valor probatorio al correo electrónico en cuestión, como lo hago yo, porque,

¹⁴⁴ Véase la lista de documentos a los que se hace referencia en Opinión de la Mayoría, párrs. 205 y ss.

¹⁴⁵ C-0121-ENG.

¹⁴⁶ Opinión de la Mayoría, párr. 207.

¹⁴⁷ Véase párr. 82 *supra*.

utilizando las palabras del tribunal en *Sempra Energy c. Argentina*, “[t]ampoco es irrelevante la opinión de quienes en su momento tuvieron a su cargo la elaboración y negociación de los tratados bilaterales de un Estado, en la medida en que ella sirve, precisamente, para acreditar la intención original”¹⁴⁸.

86. Tampoco estoy de acuerdo con la apreciación de mis colegas sobre el contenido del correo electrónico, y ello no solo porque, como demuestra el expediente, la posición de los Estados Unidos a que se refiere el correo electrónico de Mandell fue comunicada y no permaneció como una posición “interna”¹⁴⁹. Este correo electrónico constituye, por sí solo, la prueba más concluyente en relación, al menos, con lo que Estados Unidos entendía que era el alcance y la aplicación del Anexo 14-C en el momento de su redacción, a saber, que el Anexo 14-C pretendía ampliar el alcance temporal de las protecciones sustantivas del TLCAN durante el período de transición de tres años y abarcar también las medidas adoptadas por los Estados Contratantes tras la terminación del TLCAN. El correo electrónico posee cualidades que lo tornan no solo relevante o convincente, sino que también pueden calificarse como una prueba concluyente de la interpretación original del Anexo 14-C por parte de Estados Unidos.
87. El valor probatorio del correo electrónico se deriva de cinco factores independientes que se refuerzan mutuamente: la posición profesional del Sr. Mandell y del Sr. Gharbieh, quien inició la consulta del día 2 de marzo de 2021, y quien se desempeñaba como Director de Inversiones de USTR en el momento del intercambio (posición dentro de USTR que lo colocaba en sucesión directa a la función anterior del Sr. Mandell); la proximidad temporal del correo electrónico a la entrada en vigor del T-MEC; la naturaleza espontánea y desprevenida de la consulta del Sr. Gharbieh y la respuesta del Sr. Mandell; la ausencia de cualquier motivación litigiosa respecto del correo electrónico del Sr. Mandell; y la claridad sustantiva de la explicación proporcionada. A la luz de estos factores, no hay razón para

¹⁴⁸ *Sempra Energy International c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 11 de mayo de 2005, en ¶ 145, CL-0184-ENG.

¹⁴⁹ Véase Informe Interno del Grupo de Inversión de la Secretaría de Economía de México, adjunto a un correo electrónico de Guillermo Malpica y Aristeo López a Kenneth Smith Ramos, 4 de mayo de 2018, R-0015: “Propuesta de EE.UU. para extender la vigencia del capítulo de inversión 3 años después de que termine la vigencia del TLCAN”.

cuestionar la relevancia del correo electrónico para confirmar la interpretación del Anexo 14-C que propone la Demandante, que no puedo más que respaldar.

88. En cuanto a la posición profesional de los Sres. Mandell y Gharbieh, sus cargos acreditan suficientemente su autoridad. Cabe señalar que la consulta del Sr. Gharbieh al Sr. Mandell sobre la interpretación del Anexo 14-C demuestra que dentro del propio USTR se reconocía al Sr. Mandell como la fuente de autoridad en relación con el funcionamiento previsto del Anexo 14-C. El hecho de que el Director de Inversiones de USTR en funciones pidiera aclaraciones al ex Subsecretario Adjunto del USTR para Inversiones, en lugar de basarse en conocimientos institucionales internos o consultar con otros funcionarios entonces en funciones, establece la autoridad única del Sr. Mandell en relación con esta cuestión.
89. La fecha del 2 de marzo de 2021 del correo electrónico del Sr. Mandell tiene una importancia crítica, porque fue redactado apenas ocho meses después de la entrada en vigor del T-MEC. Esta proximidad temporal sitúa al correo en un período en que la interpretación del T-MEC y del Anexo 14-C aún era reciente, libre de matices y, lo que es especialmente relevante, no distorsionada por presiones derivadas de litigios ulteriores, lo que lo distingue claramente de las comunicaciones conforme al Artículo 1128 del TLCAN y de los escritos de defensa en los que México se basó.
90. Las circunstancias que rodearon el intercambio de correos electrónicos de 2 de marzo de 2021 establecen su carácter espontáneo y desprevenido. La consulta del Sr. Gharbieh rezaba lo siguiente: “Una pregunta sobre el T-MEC, sobre la que he empezado a reflexionar, pero que no he examinado en detalle: el texto del Anexo 14-C sobre reclamaciones existentes no aclara si el término ‘*grandfathering*’ (protección de derechos adquiridos) se aplica a las medidas introducidas/implementadas en los tres años posteriores a la entrada en vigor del T-MEC, en lugar de establecer simplemente tres años para presentar reclamaciones sobre medidas existentes en la fecha de entrada en vigor. Suponiendo que su intención fuera la primera, ¿qué señalaría en el texto? ¿Es útil la nota al pie 21 para sustentar el argumento?”¹⁵⁰ [Traducción del Árbitro Disidente]. La respuesta del Sr. Mandell llegó el mismo día, y resulta útil reproducirla aquí [Traducción del Árbitro Disidente]¹⁵¹:

¹⁵⁰ C-0121-ENG.

¹⁵¹ *Ibid.*

[EXTERNO] RE: Su artículo en la *ICSID Review*

De: “Mandell, Lauren A.” <lauren.mandell@wilmerhale.com>

Para: “Gharbieh, Khalil N. EOP/USTR” <khalil.n.gharbieh@ustr.eop.gov>

Fecha: martes, 2 de marzo de 2021 12:31:39 -0500

Excelente. En relación con su pregunta, nuestra intención era que el anexo abarcara medidas existentes TANTO antes COMO después de la entrada en vigor del T-MEC. Es probable que eso podría haberse expresado con mayor claridad. Tendría que reflexionar sobre el argumento textual más sólido, pero el que me viene inmediatamente a la mente se basa en el párrafo 3. Si nuestra intención hubiera sido permitir únicamente reclamaciones por medidas preexistentes, probablemente no habríamos establecido un período de consentimiento de tres años; simplemente habríamos recurrido al plazo de prescripción previsto en la Sección B del TLCAN, que sería aplicable a las reclamaciones por dichas medidas. En otras palabras, habríamos omitido por completo el párrafo 3. El argumento contrario —según el cual el propósito del párrafo 3 sería modificar el plazo de prescripción aplicable a las reclamaciones por medidas preexistentes, y nada más— no resulta muy convincente. También considero significativo que el título del anexo —y el concepto central en su contenido— se refiera a inversiones existentes, no a medidas existentes. Si el enfoque hubiera estado únicamente en las medidas existentes, habría sido sencillo limitar expresamente el párrafo 1 en ese sentido, pero no lo hicimos. Por último, considero que la nota al pie 21 probablemente también resulta útil. El propósito central de dicha nota fue exigir que los inversores tipo *keyhole* recurrieran al arbitraje conforme a las reglas y procedimientos “nuevos y mejorados” del T-MEC (no había razón para permitirles optar por el arbitraje con arreglo a las reglas y procedimientos del TLCAN en virtud del Anexo 14-C). Si el Anexo 14-C se aplicara únicamente a medidas preexistentes, no habría razón para expresarlo. Estaríamos simplemente sancionando a los inversores tipo *keyhole*, lo que resultaría contrario a la intención clara del marco *keyhole*.

Nuestros colegas al otro lado de la frontera no están cuestionando esto, ¿verdad?

91. El correo electrónico demuestra una redacción espontánea y no deliberada (“Tendría que reflexionar sobre el argumento [...], pero el que me viene inmediatamente a la mente ...”) y el hecho de que proporcione múltiples fundamentos textuales independientes para sustentar su interpretación revela seguridad en la respuesta, lo que sugiere un conocimiento directo que aún permanecía vívido en la memoria del Sr. Mandell y no, como considera la mayoría del Tribunal, una manera de “intenta[r] elaborar argumentos”¹⁵². También es significativo que el intercambio se produjera en privado entre dos funcionarios de USTR (uno actual y otro anterior) con fines aclaratorios; ninguno de los participantes en el intercambio de correos electrónicos podría haber previsto que su intercambio pasaría a

¹⁵² Opinión de la Mayoría, párr. 207.

formar parte de un expediente arbitral o estaría sujeto al análisis de los tribunales y las partes. El intercambio no respondió a ninguna finalidad de relaciones públicas, estrategia litigiosa ni interés defensivo. No constituyó más de lo que pretendía ser: un funcionario actual de USTR que solicitaba aclaraciones a su predecesor sobre una disposición que este había negociado, y ese predecesor proporcionaba una respuesta clara basada en su conocimiento directo. A mi juicio, esto socava el razonamiento del tribunal de *TC Energy* para no conceder valor probatorio al correo electrónico de Mandell, concretamente su razonamiento de que “[e]n el momento [de redactar el correo electrónico], el Sr. Mandell se desempeñaba en el ejercicio privado de la profesión y ya no formaba parte del Gobierno”¹⁵³ [Traducción del Árbitro Disidente]. Este razonamiento resulta poco convincente.

92. La fecha de 2 de marzo de 2021 establece de forma concluyente que la explicación del Sr. Mandell no estaba contaminada por ninguna motivación litigiosa; surgió en un contexto libre de litigios. Dado el carácter privado del intercambio de correos electrónicos, no puede considerarse que se haya realizado para captar clientes, como parece sugerir la mayoría del tribunal de *TC Energy* al dar la citada razón para excluir que el correo electrónico pudiera tener valor probatorio.
93. En cuanto a la claridad sustantiva de la explicación del Sr. Mandell, merece la pena señalar que su respuesta es una explicación razonada basada en las características textuales específicas del Anexo 14-C. No se limitó a afirmar que el Anexo 14-C también se aplicaba a las medidas posteriores a la terminación del TLCAN, sino que explicó por qué el texto del Anexo 14-C requiere esa interpretación a través de múltiples vías analíticas independientes, al tiempo que abordó la importancia de la Nota al pie 21 como confirmación del resultado alcanzado a través de la vía textual.
94. El correo electrónico del Sr. Mandell concluía con una pregunta: “Nuestros colegas al otro lado de la frontera no están cuestionando esto, ¿verdad?”¹⁵⁴ Esta pregunta demuestra que el Sr. Mandell consideraba la interpretación tan clara e incontrovertible que expresó su sorpresa ante la posibilidad de que México y Canadá no compartieran esta interpretación.

¹⁵³ *TC Energy Corporation y TransCanada Pipelines Limited c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB/21/63, Laudo, 12 de julio de 2024, pág. 48 (párr. 196), RL-0040-ENG.

¹⁵⁴ C-0121-ENG.

95. La respuesta del Sr. Gharbieh a la explicación del Sr. Mandell corrobora de forma independiente su exactitud, como muestra claramente el texto de su respuesta: “Gracias por sus reflexiones al respecto —coincido en que el encuadre inicial de las reclamaciones ‘con respecto a las inversiones existentes’ resulta útil, al igual que los demás puntos”¹⁵⁵ [Traducción del Árbitro Disidente]. La respuesta del Sr. Gharbieh establece dos hechos significativos. En primer lugar, el Sr. Gharbieh, entonces Director de Inversiones del USTR, se mostró de acuerdo con la explicación del Sr. Mandell. No expresó incertidumbre, ni sugirió interpretaciones alternativas, ni indicó que los análisis internos de USTR habían llegado a conclusiones diferentes. Por el contrario, se mostró de acuerdo con el razonamiento del Sr. Mandell, considerando persuasivo su análisis textual. En segundo lugar, el acuerdo del Sr. Gharbieh demuestra la continuidad del entendimiento entre el Gobierno negociador y el Gobierno posterior a la entrada en vigor. Aunque el T-MEC se negoció durante el Gobierno de Trump y entró en vigor durante el Gobierno de Trump, para el 2 de marzo de 2021 ya se encontraba en funciones el Gobierno de Biden (asumidas el 20 de enero de 2021). El acuerdo del Sr. Gharbieh del 2 de marzo de 2021 con la explicación del Sr. Mandell establece que el entendimiento institucional de USTR del Anexo 14-C permaneció congruente a través de los Gobiernos —al menos hasta que las presiones litigiosas crearon incentivos para adoptar una interpretación diferente—.
96. Cabe recordar que un documento interno de México confirma la interpretación expansiva del Anexo 14-C de Estados Unidos, dado que, en un punto de las negociaciones, los representantes de México entendieron que EE. UU. proponía “extender la vigencia del capítulo de inversión 3 años después de que termine la vigencia del TLCAN”¹⁵⁶. Este documento confirma claramente no solo que Estados Unidos propuso una ampliación temporal de todo el capítulo de inversiones del TLCAN, incluidas las protecciones sustantivas del TLCAN, y por lo tanto corrobora de forma independiente el contenido del correo electrónico del Sr. Mandell de 2 de marzo de 2021, sino también que la propuesta de Estados Unidos no se quedó en algo interno, sino que fue comunicada a los socios del tratado.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Informe Interno del Grupo de Inversión de la Secretaría de Economía de México, adjunto a un correo electrónico de Guillermo Malpica y Aristeo López a Kenneth Smith Ramos, 4 de mayo de 2018, R-0015.

97. A la luz de todo lo expuesto *supra*, considero que el correo electrónico del Sr. Mandell tiene valor probatorio (aunque no como *travaux préparatoires*) y es de ayuda, aunque no, para utilizar las palabras de la mayoría de este Tribunal, “a fin de establecer la intención común de los Estados Contratantes”¹⁵⁷. Pero detenerse allí, como hace la mayoría, no reconoce el valor real del intercambio de correos electrónicos: demuestra claramente lo que Estados Unidos convino al redactar y acordar el Anexo 14-C, a saber, la ampliación de las protecciones sustantivas del TLCAN durante el período de transición de tres años. Esto reviste relevancia, ya que coloca la intención contemporánea de Estados Unidos en marcado contraste con la posición adoptada posteriormente en sus escritos de defensa y en sus comunicaciones conforme al Artículo 1128 del TLCAN. Dicho de otro modo, no fue sino hasta que enfrentó una posible responsabilidad exorbitante que Estados Unidos modificó su posición, adoptando la interpretación restrictiva del Anexo 14-C que ahora propone México. En mi opinión, esto significa que el cambio de posición de los Estados Unidos, que no solo es incongruente con su intención en el momento de redactar el Anexo 14-C, sino que también tiene una clara motivación litigiosa, es contrario a que se conceda valor alguno a los escritos de defensa de los Estados Unidos y a las comunicaciones conforme al Artículo 1128 del TLCAN en un análisis de la práctica ulterior con arreglo al Artículo 31(1)(b).

VIII. DECLARACIÓN TESTIMONIAL Y TESTIMONIO DEL SR. SMITH RAMOS

98. Lo que se ha afirmado *supra* también es cierto en lo que respecta a la posición y los argumentos de México. Ello se desprende inequívocamente de la declaración testimonial de Kenneth Patrick Smith Ramos, ex Negociador Principal de los Estados Unidos Mexicanos para el T-MEC¹⁵⁸, cuyo testimonio la mayoría del Tribunal considera, sin embargo, que tiene un limitado valor probatorio¹⁵⁹, dado que “como negociador principal de un importante tratado, [él] supervisó un número significativo de diferentes líneas de

¹⁵⁷ Opinión de la Mayoría, párr. 207.

¹⁵⁸ Véase Declaración Testimonial de Kenneth Patrick Smith Ramos, pág. 3 (párr. 5); Transcripción de la Audiencia, Día 1, pág. 235, líneas 5-21; Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de la Demandante, pág. 5 (párr. 2).

¹⁵⁹ Véase Opinión de la Mayoría, párr. 205.

trabajo, cada una de las cuales implicaba numerosas cuestiones, en ocasiones complejas, y [], por la naturaleza de su cargo, no tenía un conocimiento directo y detallado de todas las discusiones que se producían entre las delegaciones negociadoras”¹⁶⁰. No cuestiono esta afirmación de la mayoría del Tribunal. Sin embargo, considero que no es relevante que el Sr. Smith Ramos pudiera no tener un “conocimiento de *todas* las discusiones” mantenidas durante el proceso de elaboración. Sin embargo, a la luz de los detalles suministrados por el Sr. Smith Ramos en relación con la cuestión que nos ocupa, es decir, la ampliación por el plazo de tres años de las protecciones dispuestas por el TLCAN a las medidas adoptadas con posterioridad a su terminación, resulta evidente que tenía conocimiento directo de ello, lo cual no debería ser una sorpresa, dada su importancia. Es por este motivo que encuentro convincente la afirmación del Sr. Smith Ramos de que “puede confirmar que la posición mexicana respecto a las disposiciones sobre reclamaciones de inversiones existentes [. . .] era garantizar que todas las disposiciones sustantivas del Capítulo 11 del TLCAN, así como el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, se prorrogarían durante tres años después de que el TLCAN hubiera sido sustituido por el nuevo tratado [. . .]. Quedó claro que los inversionistas podían presentar reclamaciones en virtud del Anexo 14-C con respecto a inversiones existentes por violaciones del Capítulo 11 del TLCAN que hubieran tenido lugar durante el período de transición de tres años del TLCAN (período comprendido entre los días 1 de julio de 2020 y 1 de julio de 2023), y no solo reclamaciones con respecto a violaciones que hubieran tenido lugar antes de la fecha de terminación del TLCAN”¹⁶¹. [Traducción del Árbitro Disidente]

99. Encuentro convincente la declaración testimonial del Sr. Smith Ramos. Su testimonio se basa en el conocimiento personal directo derivado de su participación en las negociaciones desde su inicio hasta su conclusión. A mayor abundamiento, el Sr. Smith Ramos no se limita a enunciar una conclusión, sino que también explica la base de su entendimiento, al afirmar que “[n]o había duda sobre el alcance de la discusión del Anexo 14-C sobre este tema porque se entendía, como lo propuso Estados Unidos ya en la Ronda 4 de las negociaciones, que el objetivo era extender las protecciones sustantivas a los inversionistas

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ Declaración Testimonial de Kenneth Patrick Smith Ramos, págs. 11-12 (párr. 25).

según lo establecido en el Capítulo 11 del TLCAN durante tres años”¹⁶². Esta explicación establece hechos críticos: primero, que Estados Unidos sostuvo el entendimiento que le atribuyó el señor Mandell en su correo electrónico de 2 de marzo de 2021, como también lo demuestran los documentos que obran en el expediente¹⁶³ y, segundo, que México compartió este entendimiento. También establece que la cuestión que nos ocupa surgió “ya en la Ronda 4” y, por lo tanto, no fue una ocurrencia tardía o un agregado de última hora. [Traducción del Árbitro Disidente]

100. El Sr. Smith Ramos testifica además que “[d]urante el curso de las negociaciones, la contraparte estadounidense comunicó al equipo negociador mexicano, borradores y comunicaciones de USTR que sintetizaban y expresaban la posición de Estados Unidos sobre el funcionamiento del Anexo 14-C. Fue claro para mí, y para nuestro equipo negociador, que Estados Unidos entendía que el TLCAN de 1994 se aplicaría a las inversiones existentes y protegería dichas inversiones contra medidas que surgieran durante el plazo de tres años y que violaran la Sección A del Capítulo 11 del TLCAN”¹⁶⁴. Esto demuestra que el entendimiento de México no fue resultado de una mala interpretación o de una suposición unilateral. Más bien se desprendía de comunicaciones directas de los negociadores estadounidenses que “sintetizaban y expresaban la posición de Estados Unidos”. [Traducción del Árbitro Disidente]

101. Observo que el Sr. Smith Ramos no basa su testimonio únicamente en lo que recuerda, y estos son algunos de los detalles mencionados *supra*¹⁶⁵. Identifica documentos internos mexicanos específicos¹⁶⁶, que abarcan el período comprendido entre octubre de 2017 y mayo de 2018, cubren siete meses de negociaciones, reflejan la comprensión contemporánea de México sobre el alcance del Anexo 14-C. El Sr. Smith Ramos identifica estos documentos por fecha, autor, destinatarios y asunto. Según el Sr. Smith Ramos, “todos [estos documentos] demuestran que en ningún momento se discutió la posibilidad de imponer limitaciones temporales a las medidas adoptadas durante el período de

¹⁶² Declaración Testimonial de Kenneth Patrick Smith Ramos, pág. 12 (párr. 26).

¹⁶³ Véase Informe Interno del Grupo de Inversión de la Secretaría de Economía de México, adjunto a un correo electrónico de Guillermo Malpica y Aristeo López a Kenneth Smith Ramos, 4 de mayo de 2018, R-0015.

¹⁶⁴ Declaración Testimonial de Kenneth Patrick Smith Ramos, pág. 13 (párr. 28).

¹⁶⁵ Véase párr. 98 *supra*.

¹⁶⁶ Véase Declaración Testimonial de Kenneth Patrick Smith Ramos, págs. 13-15 (párr. 31).

transición”¹⁶⁷ [Traducción del Árbitro Disidente]. México podría haber exhibido estos documentos para demostrar que contradecían las declaraciones y los recuerdos del Sr. Smith Ramos, pero se negó a exhibirlos, como consta en el expediente. En mi opinión, ello permite inferir que los documentos, lejos de contradecir el relato del Sr. Smith Ramos, lo corroborarían. Lo mismo ocurre con la negativa de México a llamar a ninguna de las personas que el Sr. Smith Ramos identifica como autores y destinatarios de los documentos mencionados *supra*. Esto permite una inferencia aún más poderosa de que el testimonio del Sr. Smith Ramos refleja con exactitud el entendimiento de México sobre el amplio alcance del Anexo 14-C. Dicho de otro modo, el hecho de que el testimonio del Sr. Smith Ramos no haya sido refutado por ningún otro negociador mexicano refuerza sustancialmente su valor probatorio.

102. Por añadidura, considero que el contrainterrogatorio del Sr. Smith Ramos confirmó no solo la precisión de su testimonio, sino también su integridad, como demuestra este intercambio con la Profesora Kaufmann-Kohler. La Presidenta declaró: “[u]sted era un funcionario gubernamental, y lo fue durante mucho tiempo, durante más de 30 años creo. Y en estos cargos usted defendió los intereses de su país. Porque es lo que era su trabajo y su función. Ahora usted viene aquí y presenta algo que va en contra de la posición de su país. ¿Qué le ha motivado a usted a presentarse así? Porque no es algo muy habitual, por lo menos en mi experiencia. No es algo muy común. Quizás usted podía estar en desacuerdo con alguna postura y no aprobarla, pero podía permanecer en silencio. Usted ha tomado una decisión distinta. Entonces, ¿qué es lo que ha motivado este cambio, esta decisión?”¹⁶⁸ La respuesta del Sr. Smith Ramos fue directa, y merece la pena reproducirla aquí íntegramente: “Yo puedo explicarlo. En la mayoría de mi vida profesional yo trabajé en negociaciones comerciales internacionales; ha sido un honor y un privilegio. Empecé a trabajar muy joven, habiendo terminado apenas mis estudios en las negociaciones iniciales del primer NAFTA, o sea que mi primera función también fue en los años 2000: era asegurar que tanto los Estados Unidos como Canadá cumpliesen con los compromisos y los acuerdos, y que México también cumpliera y no solo el Ministerio de Economía sino los distintos organismos, porque yo siempre he estado convencido de que cumpliendo con

¹⁶⁷ Declaración Testimonial de Kenneth Patrick Smith Ramos, pág. 14 (párr. 31).

¹⁶⁸ Transcripción de la Audiencia, Día 1, pág. 337, línea 9 - pág. 338, línea 3.

nuestros compromisos internacionales y dando seguridad jurídica podemos hacer que haya más comercio, más inversiones que entren en México y más bienestar para nuestra población. Ahora, en este caso en particular, yo pensé que era importante aclarar las cosas y aclarar cuáles habían sido las posturas de los tres gobiernos negociadores: México, Canadá y Estados Unidos en el momento de la negociación y de la conclusión, y cuáles eran los objetivos. Yo entiendo que esta posición que tuvo el gobierno mexicano y que llegó al resultado de la negociación no es la misma posición que tiene el gobierno mexicano. Entiendo que el gobierno de Estados Unidos también ha cambiado de posición, pero yo pensaba que era importante por lo que hace a nuestro legado —digamos—, el impacto a largo plazo del T-MEC asegurarnos de que se diga la verdad, de cómo se llegó a un acuerdo, cómo se negoció y cuál fue el resultado”¹⁶⁹.

103. El Sr. Smith Ramos explicó que la motivación de su testimonio se derivaba de su responsabilidad profesional por la negociación que había dirigido, y no de una ventaja pecuniaria, como México pareció sugerir durante la audiencia probatoria a través de sus preguntas durante el contrainterrogatorio al Sr. Smith Ramos¹⁷⁰, así como de los comentarios generales que hizo en esa ocasión¹⁷¹. De hecho, estoy convencido de que testificó por compromiso con la verdad y responsabilidad profesional, no por interés económico, como la mayoría parece insinuar cuando destaca que el Sr. Smith Ramos “ahora trabaja en el ámbito privado”¹⁷². El hecho de que su testimonio no haya sido refutado cuando México pudo haber presentado negociadores para refutar el relato del Sr. Smith Ramos y, por lo tanto, poner en duda su credibilidad, fortalece sustancialmente el valor probatorio del testimonio del Sr. Smith Ramos y su credibilidad.

104. En mi opinión, cuando el testimonio creíble de un negociador principal es detallado, específico, basado en conocimiento directo, que el Sr. Smith Ramos tenía sin duda alguna en relación con la cuestión que nos ocupa, no cuestionado por la parte cuya posición negociadora describe, no contradicho por ninguna prueba documental contemporánea y contrario a los intereses litigiosos actuales de esa parte, dicho testimonio merece plena

¹⁶⁹ Transcripción de la Audiencia, Día 1, pág. 338, línea 6 - pág. 339, línea 18.

¹⁷⁰ Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, pág. 329, línea 3 - pág. 330, línea 1.

¹⁷¹ Véase Transcripción de la Audiencia, Día 2, pág. 581, líneas 6-14.

¹⁷² Opinión de la Mayoría, párr. 205.

aceptación como prueba convincente de la intención original del tratado. El supuesto argumento de “práctica ulterior” esgrimido por México no lo merece.

105. Los resultados convergentes del correo electrónico de Mandell abordado en la sección anterior de esta Opinión Disidente y el testimonio de Smith Ramos abordado en la presente crean una base probatoria que pone en descubierto un *volte-face* motivado por el litigio, que contradice la existencia de la práctica ulterior de las Partes del TLCAN/T-MEC que sostiene México. Estos resultados demuestran un marcado contraste entre el entendimiento original que se acredita con el correo electrónico de Mandell y el testimonio de Smith Ramos y las ulteriores posturas defensivas adoptadas. Cuando el Sr. Mandell concluyó su correo electrónico con la pregunta “[n]uestros colegas al otro lado de la frontera no están cuestionando esto, ¿verdad?”¹⁷³, expresó su sorpresa ante la posibilidad de que México y Canadá no compartieran la interpretación expansiva. Esto demuestra que la interpretación restrictiva que ahora propone México contradecía en tal grado el acuerdo original que incluso su posibilidad sorprendió a uno de los principales negociadores.

106. Este giro abrupto, así como la naturaleza puramente reactiva de la conducta ulterior de las Partes del TLCAN/T-MEC, como lo determina el análisis cronológico realizado *supra*¹⁷⁴, niega la existencia de una “práctica ulterior” conforme al Artículo 31(3)(b) de la CVDT, como lo alega México. Entre otras cosas, esto se debe a que “hay un elemento de buena fe necesario en ‘toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado’”¹⁷⁵, como se afirma en el comentario a la Conclusión 4 del Proyecto de conclusiones de la CDI sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados. El cambio de posiciones por motivos relacionados con litigios, aunque ciertamente legítimo, contradice este requisito de buena fe, ya que este requisito excluye los argumentos litigiosos oportunistas que contradicen el entendimiento original de las Partes del Tratado. Esto también se debe al hecho de que, como señalara el Profesor Schreuer, “los tratados para la protección de las inversiones no son meros acuerdos entre Estados. Crean estándares de protección, así como vías de recurso para los inversores

¹⁷³ C-0121-ENG.

¹⁷⁴ Véanse párrs. 72 y ss. *supra*.

¹⁷⁵ Proyecto de conclusiones de la CDI sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, con comentarios, UN Doc. A/73/10, Capítulo IV, 2018, Comentario sobre la Conclusión 4, pág. 32 (párr. 19), CS-0047.

privados que actúan confiando en los compromisos receptados en estos tratados”¹⁷⁶. “Bajo una teoría que permita interpretaciones desfavorables *ex post facto* por acuerdo informal de los Estados parte de un tratado de inversión, sería posible que los Estados primero atrajeran a los inversionistas con promesas de protección y luego, cuando se enfrentan a un arbitraje de inversión, retiraran estas promesas mediante una interpretación acordada”¹⁷⁷ [Traducción del Árbitro Disidente]. Ello cobra especial relevancia en el presente arbitraje, en el que la interpretación original entra en contradicción con la interpretación motivada por el litigio.

IX. CONCLUSIÓN

107. Teniendo en cuenta todo lo expuesto *supra*, concluyo que no puede interpretarse que el Anexo 14-C incorpora un requisito temporal adicional según el cual las medidas adoptadas por el Estado deben haberse producido antes de la terminación del TLCAN. Por el contrario, el Anexo 14-C también permite que las reclamaciones relativas a medidas estatales adoptadas tras la terminación del TLCAN, pero durante el período de transición de tres años, queden comprendidas en su ámbito de aplicación, siempre que se cumplan las cuatro condiciones textuales identificadas *supra*¹⁷⁸, como ocurre en este arbitraje.
108. A la luz de ello, considero que el Tribunal tiene jurisdicción sobre la reclamación de la Demandante.

¹⁷⁶ Segunda Opinión Legal de Christoph Schreuer, págs. 12-13 (párr. 42).

¹⁷⁷ *Id.* en pág. 13 (párr. 44), donde se cita *Infinito Gold Ltd. c. República de Costa Rica*, Laudo, 3 de junio de 2021, CS-0052-ENG, donde, en el párr. 339, el Tribunal subrayó que un acuerdo o práctica ulterior de los Estados contratantes de un tratado que otorgue derechos a los inversionistas podría infringir los derechos al debido proceso: “Incluso si el Tribunal pudiera inferir la existencia de un ‘acuerdo’ a partir de las presentaciones de los Estados Contratantes, *quod non*, dicho acuerdo sería posterior al comienzo de este arbitraje y el Tribunal no lo podría considerar a favor de un litigante en detrimento del otro sin correr el riesgo de violar los derechos al debido proceso del último”. [Traducción del Árbitro Disidente] (*Id.* en pág. 13 (párr. 45)).

¹⁷⁸ Véase párr. 25 *supra*.

[Firma]

Prof. Franco Ferrari

Árbitro