

USMCA acota las protecciones a la inversión extranjera

El 30 de septiembre de 2018, México, Estados Unidos y Canadá anunciaron un principio de acuerdo para la modernización del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (“TLCAN”), que ahora será conocido como el Acuerdo entre Estados Unidos, México y Canadá (“USMCA”). El nuevo tratado trae consigo importantes modificaciones a aquel acordado en 1994.

En materia de inversión extranjera, el USMCA reproduce en gran medida las protecciones contenidas en el TLCAN de 1994 y que suelen ser usuales en tratados bilaterales de inversión, tales como: nivel mínimo de trato—que contempla el trato justo y equitativo y la protección de seguridades plenas—, trato nacional, trato de nación más favorecida, libre transferencia de divisas y protecciones en caso de expropiación directa e indirecta.

Bajo el USMCA, estas protecciones solo podrán ser reclamadas por aquellas empresas estadounidenses y mexicanas que se encuentren en los sectores de Petróleo y Gas, Energía, Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructura, ya sea que cuenten con un contrato con gobierno o realicen actividades relacionadas con uno de esos sectores. Las empresas canadienses con inversiones en México o en Estados Unidos no contarán con acceso al mecanismo de arbitraje bajo el USMCA, así como tampoco las mexicanas o estadounidenses con inversiones en Canadá.

Las empresas que no participen en los sectores mencionados sólo podrán demandar en arbitraje violaciones al trato nacional, trato de nación más favorecida—que requiere que el Estado haya adoptado una medida con una intención de discriminar a una empresa por motivo de su nacionalidad—y violaciones que involucren una expropiación directa. Cualquier otra violación al tratado deberá ventilarse en tribunales nacionales. El USMCA establece un capítulo específico de servicios financieros, que también establece un mecanismo de arbitraje inversionista-Estado, el cual está sujeto a las protecciones limitadas antes mencionadas.

Al excluir la posibilidad de someter las violaciones que se relacionen con el trato justo y equitativo y con expropiaciones indirectas al arbitraje inversionista-Estado, el USMCA limita considerablemente la protección a la inversión extranjera. Sin estas protecciones, los inversionistas no podrán acudir al arbitraje para defenderse en contra de actos de hostigamiento de Estado, medidas regulatorias abruptas o cancelaciones injustificadas de contratos o permisos.

En caso de tener cualquier duda sobre las implicaciones del USMCA, favor de ponerse en contacto con Bernardo Sepúlveda Amor, quien encabeza nuestra área de Arbitraje y Solución de Controversias.

Bernardo Sepúlveda Amor
bernardo.sepulveda@creel.mx

Tel: +52 (55) 4748-0621

Ciudad de México, 3 de octubre de 2018.

USMCA limits the protections to foreign investment

On September 30, 2018, Mexico, the United States and Canada announced an agreement to modernize the North American Free Trade Agreement (“NAFTA”), which will be known now as the United States, Mexico, Canada Agreement (“USMCA”). The new agreement includes significant revisions to the agreement signed in 1994.

Regarding foreign investment, USMCA largely replicates the protections provided under the 1994 NAFTA and which are typically afforded by bilateral investment treaties such as: minimum standard of treatment—which considers fair and equitable treatment and full protection and security—, national treatment, most-favored-nation treatment, transfers and protections in case of direct or indirect expropriations.

Under USMCA, such protections may be claimed only by American and Mexican companies working on the Oil and Gas, Energy, Telecommunications, Transportation and Infrastructure sectors, provided that they hold a government contract or carry out activities related with one of these sectors. Neither Canadian companies with investments in Mexico or in the United States, nor Mexican or American companies with investments in Canada shall have access to arbitration under USMCA.

Companies that do not participate in any of the abovementioned sectors will only be able to submit to arbitration violations involving national treatment or most favored nation treatment—which require the government’s implementation of a measure intended to discriminate a company by reason of its nationality—and violations involving a direct expropriation. Any other treaty violations must be submitted before national courts. USMCA provides a specific chapter for financial services which also sets forth an investment arbitration mechanism that is limited to the abovementioned narrower scope of protections.

USMCA significantly limits the protection to foreign investment by making claims involving violations to fair and equitable treatment and indirect expropriation not subject to investment arbitration. In the absence of such protections, investors will not be able to resort to arbitration to defend against government harassment, abrupt regulatory measures or the unjustified termination of any agreement or permit.

Should you have any questions about the implications of the USMCA, please contact Bernardo Sepúlveda Amor, head of our Arbitration and Dispute Resolution Practice.

Bernardo Sepúlveda Amor
bernardo.sepulveda@creel.mx

Tel: +52 (55) 4748-0621

Mexico City, October 3rd, 2018