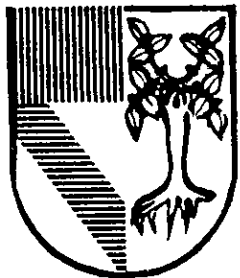


30.8909

32
2es.



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

"TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA
DEL NORTE, SOCIEDAD ANONIMA E INVERSION
EXTRANJERA, ANALISIS Y REFLEXIONES"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
PABLO JAQUES CORONADO

DIRECTOR DE TESIS: LIC. FELIPE GUZMAN NUÑEZ

MEXICO, D. F.

1998

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

259880



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ÍNDICE.

CAPÍTULO 1 TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE.

ANTECEDENTES- IMPORTANCIA- DIVISIÓN DEL TLCAN- PROCESOS DE INTEGRACIÓN- CONCEPTOS DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA- NATURALEZA DEL TLCAN- ASPECTOS CONSTITUCIONALES- JERARQUÍA DEL TLCAN- GARANTÍA DE IGUALDAD- DISPOSICIONES FINALES. pág 1

CAPÍTULO 2 PUBLICACIÓN Y NOTIFICACIÓN DE LEYES.

PUBLICACIÓN INFORMACIÓN Y NOTIFICACIÓN- REVISIÓN E IMPUGNACIÓN. pág 47

CAPÍTULO 3 SOCIEDAD ANÓNIMA.

INTRODUCCIÓN- ETAPAS HISTÓRICAS- TEORÍAS DE PERSONALIDAD- EFECTOS- NORMAS GENERALES- DERECHO DE LOS SOCIOS- REQUISITOS DE CREACIÓN- REQUISITOS DEL ACTA NOTARIAL- RESPONSABILIDAD PENAL- SOCIEDAD ANÓNIMA- CARACTERÍSTICAS- ACCIÓN- ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN- ÓRGANOS DE VIGILANCIA- FUSIÓN- ESCISIÓN- DISOLUCIÓN- SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE- ANÁLISIS CON RESPECTO A LA LEY DE INVERSIONES EXTRANJERA. pág 51

CAPÍTULO 4 RÉGIMEN DE INVERSIONES.

INVERSIÓN EXTRANJERA- RÉGIMEN DE INVERSIONES- EXCEPCIONES GENERALES Y DE SEGURIDAD NACIONAL- TRIBUTACIÓN- DIVULGACIÓN

DE INFORMACIÓN- INDUSTRIAS CULTURALES-
PROCEDIMIENTOS INTERNOS Y SOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS. pág 102

CONCLUSIONES pág 145

BIBLIOGRAFÍA pág 149

PREÁMBULO.

El propósito de este trabajo es el de plantear una cuestión como la que se da por título en la presentación de su contenido y que es de actualidad tanto para el estudio del derecho de fin de siglo, como para las distintas ramas del conocimiento y para el país en general.

La unidad del tema enunciado comprende una idea somera del aspecto constitucional de nuestro derecho, con una especificación en la divisan del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y los distintos regímenes de inversión, para hacer resaltar su importancia, seguida de consideraciones generales sobre la Sociedad Anónima. A continuación viene una exposición analítica de la división del Tratado; todo ello con la idea de fijar la importancia que merecen los detalles en la composición de cualquier asunto general, sea cual fuere.

Finalmente, se han sintetizado los distintos aspectos de la Sociedad Anónima en México, para formar un ciclo completo, que abarque tanto el régimen de inversiones en los Estados Unidos de América como en Canadá y su relación con la globalización mundial, punto de gran importancia y referencia, y su impacto en México, llegando a contemplar el Plan Nacional de Desarrollo y los Programas de Modernización Administrativa del presente sexenio.

CAPÍTULO 1

“ TRATADO DE LIBRE COMERCIO “

CAPÍTULO I

I. TRATADO DE LIBRE COMERCIO

1. ANTECEDENTES:

- *1854 - Aparece el primer Código de Comercio mexicano. Aunque este tiene la característica de no ser un código federal.
- *1884- Aparece el segundo Código de Comercio, aunque este es el primero con la característica de ser Federal.
- *1890- Entra en vigor el actual código de comercio. A partir de este aparecen una serie de leyes marco, financieras y que limitan el actuar de los comerciantes. Dentro de esas leyes encontramos:
Ley General de Sociedades Mercantiles; Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; Ley sobre el contrato de seguro; Ley de quiebras y suspensión de pagos; ley de protección al consumidor; Ley Federal de competencia económica; Ley de comercio exterior; Ley de navegación y comercio marítimo.
- *11 de Junio de 1990- Reunión México- estados Unidos, inicio de consultas.
- *8 de Agosto de 1990- Negociaciones formales, marco, intercambio de información.
- *24 de Septiembre de 1990- Inicio de consultas sobre el TLC.
- *25 de Septiembre de 1990- Busch solicita autorización al congreso para el proceso de fast track.
- *5 de Febrero de 1991- Negociaciones trilaterales.

- *27 de Febrero de 1991- Se autoriza el fast track.
- *1 de Marzo de 1991- Ampliación del fast track por 2 años.
- *12 de Junio de 1991- Primera reunión ministerial.
- *8 de Julio de 1991- Primera reunión de jefes de negociación.
- *6 de Agosto de 1991- Segunda reunión de jefes de negociación.
- *12 de Agosto de 1992- Finaliza la negociación del TLC.
- *17 de Diciembre de 1992- Firma del TLC por los Presidentes.
- *17 de Marzo de 1993- Inician negociaciones de acuerdos paralelos.
- *14 de Septiembre de 1993- Fin de negociación de acuerdos paralelos.
- * 17 de Septiembre de 1993- Aprueba la camara de representantes Norteamericana el TLC.
- * 19 de Noviembre de 1993- Aprueba el cenado de Estados Unidos el TLC.
- * 22 de Noviembre de 1993- Aprueba el cenado de la República el TLC.
- * 8 de Diciembre de 1993- Publicación en el Diario Oficial de la Federación.
En los Estados Unidos, Firma Clinton el decreto de aplicación del T.L.C.
- * 1 de Enero de 1994- Entra en vigor el tratado de Libre Comercio de Norteamérica, conocido también por sus siglas en Estados Unidos como NAFTA. se considera como un parteaguas, en la Vida Jurídica de México.

México tiene tratados de Libre Comercio con los siguientes países:

- Estados Unidos y Canada. 1 de Enero de 1994.
- Chile. 1 de enero de 1993. Firma 20 de Septiembre de 1992.
- Costa Rica. 1 de Enero de 1995. Firma 5 de Abril de 1994.
- Colombia y Venezuela. 1 de Enero de 1995. Firma el 13 de Junio de 1994.

2.- *IMPORTANCIA*

El tratado de libre comercio es el más importante que existe en el mundo, y esto es debido a varios puntos importantes del acuerdo:

- 1.- Por su situación geográfica, es el que contiene mayor población y habitantes. (Tiene más habitantes que el acuerdo firmado por los europeos)
- 2.- Tiene mayor posibilidad de movimiento comercial en el mundo, esto es debido a la gran importancia de los tres países que la integran.

El tratado de libre comercio, tiene tres partes:

- 1.- Por partes del tratado, debe de entenderse a los países siguientes que lo integran: México, Estados Unidos y Canadá.

3.- *DIVISION DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO*

El tratado de Libre Comercio se encuentra dividido en ocho partes:

- 1.- Aspectos generales.
- 2.- Comercio de bienes.

- 3.- Barreras técnicas al comercio.
- 4.- Compras del sector Público.
- 5.- Inversión, servicios y asuntos relacionados.
- 6.- Propiedad intelectual.
- 7.- Disposiciones administrativas e institucionales.
- 8.- Otras disposiciones.

A continuación analizaremos de una forma breve y resumida cada una de estas partes.

1. ASPECTOS GENERALES

Este contiene dos capítulos, un capítulo de objetivos y otro capítulo de definiciones. Es muy importante leer estos dos capítulos, porque describen de alguna manera, el contenido general del tratado y define una serie de términos que luego repite constantemente, a lo largo del texto.

2.- COMERCIO DE BIENES.

Integrada por los capítulos III a VIII, que se ocupa del trato nacional y acceso de bienes al mercado, reglas de origen, procedimientos aduaneros, energía y petroquímica básica, sector agropecuario y medidas sanitarias y fitosanitarias, medidas de emergencia.

Trata el aspecto más importante, por lo que hace referencia al comercio de bienes. Ya que establece una serie de reglas para definir los procedimientos aduaneros que deben regir entre las partes que integran el tratado, (México, E.U.A., Canadá), esto quiere decir que en el tratado de libre comercio, por lo que a bienes se refiere, es que desaparece la cuestión arancelaria. Pero esto no es lo más relevante. ya que lo que es relevante,

ya que lo que es relevante, es la unificación del comercio, (no solo de las mercancías), ya que el comercio es muy amplio, implicando incluso la legislación, y ya se a comenzado a modificar las leyes en México. (como ejemplo tenemos las modificaciones realizadas a la ley de profeciones)

3.- BARRERAS TÉCNICAS AL COMERCIO

Aqui se pretende un procedimiento, para ir eliminando las barreras arancelarias. Este se estableció, para proteger al producto nacional, esto tambi'en le puede suceder al servicio, ya que este no tiene una protección arancelaria. y se estableció que los servicios en el tratado de libre comercio tuvieran una entrada gradual, permitiendo al servidor mexicano:

- a) que se tecnificara para competir.
- b) la posibilidad de establecer una alianza extranjera.

4.- COMPRAS DEL SECTOR PUBLICO

Este, se incluyo por insistencia de méxico, por lo referente al petróleo y a la actuación del gobierno, como comerciante

5.- INVERSION, SERVICIOS Y ASUNTOS RELACIONADOS

Esta parte comprende seis caapítulos, y hacen referencia:

- a) proteccion de inversionistas.
- b) comercio transfronterizo.
- c) el capitulo catorce, que hace referencia a los servicios financieros. Aqui se establecen las reglas, para que las inversiones fluyan agilmente en los tres países y con todo esto establecer, las reglas necesarias en lo referente,

a los servicios financieros, entre los cuales encontramos: bancos, casas de bolsa, casas de cambio, compañías aseguradoras, compañías afiansadoras, arrendamientos financieros, prácticamente todo lo que viene en las leyes financieras.

6.- PROPIEDAD INTELECTUAL

Integrado por el capítulo XVII. De una gran importancia, ya que hace referencia sobre la situación actual de los derechos de autor y sus modificaciones tomando muy en cuenta la legislación de los Estados Unidos y Canadá.

7.- DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS E INSTITUCIONALES

Integrado por los capítulos XVII, XIX; XX; se ocupan de la publicación, notificación, administración de leyes, resolución y solución de controversias en materia de antidoping y cuotas compensatorias, disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias. Establecen una serie de obligaciones para los tres países, en lo referente a la publicación de las leyes, en cada uno de los tres países, y también una parte muy importante, en lo referente a los procedimientos de solución, para el caso de que se presente alguna controversia.

Aquí se establece el “organismo internacional de arbitraje”, (que en estos momentos, se está acabando de integrar). existe la obligación de publicar cualquier ley, que alguno de los tres países promulgue.

Tenemos el siguiente ejemplo:

En los Estados Unidos tenemos tres leyes de carácter importante, y estas son las siguientes:

a) Glass steal act.

b) Mcfadden act.

c) Bank holding act.

Las tres regulan la instalación, constitución y funcionamiento de las instituciones de crédito. Tanto la glass steal act y la mcfadden act, contienen dos distintas limitaciones muy importantes, que no existen en la legislación mexicana, y son:

a) Que en los Estados Unidos sólo pueden existir bancos estatales.

b) Los bancos tienen prohibido tener servicio de colocación de recursos financieros.

8.- EXCEPCIONES Y DISPOSICIONES FINALES

Integrada por los capítulos XXI y XXII. Este capítulo contiene, algunas reglas de no aplicación del tratado, y las disposiciones finales que son la culminación del tratado.

El tratado de libre comercio, cuenta además con diversos anexos integrados a lo largo de su capítulado así como notas al anexo 101 y siete anexos numerados del I al VII que van al final del texto

4.- PROCESOS DE INTEGRACIÓN

El tema de integración económica se ha puesto de moda en el mundo. Derivado de los avances tecnológicos que promueven la globalización de la economía y la especialización que a la vez supone la racionalización de los procesos productivos, parece evidente que el camino para alcanzar la eficiencia y la competitividad productiva y atravez de allas, el crecimiento económico y los niveles de vida que legítimamente aspiran las poblaciones del mundo y tan necesarios resultan para el mantenimiento de la paz.

en el mundo cada vez más pequeño y mejor comunicado, es la integración económica.

0.5 CONCEPTO DE INTEGRACION ECONÓMICA

Según Bela Balassa, la integración económica puede definirse “ como un proceso y como una situación de las actividades económicas “¹ Considerada como un proceso, se encuentra acompañada de medidas dirigidas a abolir la discriminación entre unidades económicas pertenecientes a diferentes naciones; vista como una situación de negocios, la integración viene a caracterizarse por ausencia de varias formas de discriminación entre economías nacionales.

Para entender estos conceptos es necesario distinguir entre integración y cooperación, esta distinción es tanto de carácter cualitativo como cuantitativo. Mientras la cooperación involucra acciones encaminadas a disminuir la discriminación (por ejemplo el GATT), el proceso de discriminación económica implica medidas encaminadas a suprimir algunas formas de discriminación (por, la Comunidad Económica Europea). La característica principal de la integración es la abolición dentro de un área, territorio o zona geográfica.

En este orden de ideas y conforme a la teoría clásica de la integración conviene recordar, las diferentes formas en que se presentan los diversos grados de la misma.

Tenemos en primer lugar² la forma más simple de integración conocida como área o zona de libre comercio, en que las tarifas y las restricciones cuantitativas son abolidas, manteniendo cada país sus propias tarifas frente a los países no pertenecientes al área.

En segundo término tenemos la unión aduanera, que trae aparejado además de la supresión de discriminación a los movimientos de mercancías dentro de la unión, la equiparación de tarifas en el comercio

1.- De Lujedio, Ignacio María (el estado social y sus cargos), México 1979, UNAM.

2.- Tratado de libre comercio en América del Norte. Acuerdo paralelo, México 13 de Agosto, secofi 1993 p. 26.

con países no miembros.

En tercer lugar, aparece el mercado común, considerada como una forma superior de integración económica que no se limita a suprimir restricciones al comercio, sino también las que dificultan el movimiento de los factores. (capital, recursos naturales, mano de obra, tecnología). Una cuarta forma o grado de integración se presenta con la unión económica, en la que se combina la supresión de restricciones al movimiento de mercancías y factores, con un cierto grado de armonización de las políticas económicas nacionales, con objeto de eliminar la discriminación resultante de las disparidades de dichas políticas.

Por último, la forma más acabada de integración económica lo es la integración económica total, que presupone la unificación de políticas monetarias, fiscales, sociales y anticíclicas, además de requerir el establecimiento de una autoridad supranacional, cuya obligaciones sean necesarias para los estados miembros.

Se puede afirmar que desde un punto de vista comercial, la integración económica, incluso en su forma más rudimentaria o primaria, que sería la zona de libre comercio, supone la fisión de dos o más mercados para formar uno solo y desde el punto de vista de la producción, supone la complementariedad de factores productivos con el objeto de producir en términos más eficientes y competitivos respecto de otros mercados o zonas productoras.

En base en estos elementos teóricos que podemos distinguir, con meridiana claridad, las políticas de cooperación comercial de las que se orientan hacia la integración. Mientras que, por un lado, en los esquemas de cooperación la competencia entre los agentes comerciales es la que rige básicamente las relaciones económicas; en los procesos de integración, por el otro, se da mayor énfasis a los mecanismos de fusión o asimilación de empresas en busca de alcanzar los más altos índices tanto de eficiencia como de competitividad, cuya finalidad es enfrentar la competencia de otros bloques comerciales.

Hemos señalado que conforme a la teoría del derecho de la integración, se considera que existe una zona de libre comercio cuando dos o mas estados llegan al acuerdo de eliminar restricciones injustificadas en lo esencial de sus intercambios comerciales y convienen en adoptar un conjunto de disposiciones jurídicas que tienen por objeto garantizar la libre circulación de las mercancías producidas en la región y establecer, con carácter vinculatorio, un conjunto de principios y reglas de conducta aplicable a las actividades económicas incorporadas en el acuerdo constitutivo.

La fusión de los mercados que integran la zona de libre comercio, supone la complementación de factores productivos con el objeto de alcanzar los niveles de eficiencia y competitividad a nivel internacional. Para alcanzar los mayores niveles de competitividad, cada uno de los mercados integrados deben aportar a los procesos productivos de la zona, aquellos factores que posea en abundancia o en términos más competitivos.

El capital, la tecnología, los servicios, los recursos naturales y la mano de obra son los factores productivos que en la medida que se aportan en abundancia y en términos competitivos aseguran que los productos de la zona resulten a su vez competitivos a nivel internacional.

Como hemos señalado, la zona de libre comercio se constituye formalmente mediante la negociación la negociación y elaboración de un estatuto jurídico en el que se establecen las normas o reglas aplicables a las relaciones, básicamente económicas, que se genera entre los integrantes de las misma.

Por último, derivado del estudio, tanto de la teoría económica de la integración, puede afirmarse que los principios fundamentales que materialmente rigen el funcionamiento de una zona de libre comercio, se enuncian en los siguientes términos:

1.- La economía de la zona o región se rige por las leyes del mercado. El qué producir, cuánto producir y cuándo producir, lo determina el mercado de la zona y no el Estado. La rectoría de la economía por parte del Estado es un concepto ajeno al funcionamiento de una zona de libre comercio...

o unión aduanera, entre razones por que en la zona o unión participan dos o más estados soberanos que aceptan regir su actividad económica por un estatuto jurídico común y no por un estatuto en particular.

2.- Se privilegian y promueven los conceptos "producto regional o zonal" "integración regional o zonal" y "desarrollo independiente". Quedan de lado conceptos tradicionales y propios de una economía de orientación nacionalista, tales como producto nacional, integración nacional, desarrollo independiente etc.

3.- Cada gobierno de los territorios integrantes de la zona debe sujetar sus políticas económicas y comerciales a las reglas convenidas en el acuerdo constitutivo, entre las que destacan la eliminación de aranceles a lo esencial de su comercio. En este sentido, la existencia de actividades exclusivas a cargo del Estado (como el petróleo y la petroquímica básica, electricidad, etc.)

y prioritarias atendidas en forma exclusiva por nacionales resultaría contrarias a los principios que rigen la zona.

Conforme al propio texto de GATT dos principios básicos del mismo son la no discriminación en materia de comercio y uso del arancel aduanero como único medio de protección de las industrias nacionales.

El primero de los cuales esta sujeto a dos exepciones expresamente previstas: la constitución de uniones aduaners y zonas de libre comercio y la aplicación de la parte IV del CATT, con la llamada "cláusula de habilitación".

El artículo XXIV del GATT permite que dos o mas países puedan otorgarse concesiones ventajosas sin que se hagan extensivas a terceros estados miembros del GATT y dentro de esta excepción se ubican las uniones aduanales y las zinas de libre comercio.

Tanto la unión aduanera como la zona de libre comercia constituyen diferentes etapas en un proceso de integración económica.

En el primer caso los estados cuentan con un arancel unificado frente el exterior; en el segundo cada estado miembro mantiene una política comercial y un arancel propio, individuales, frente al exterior.

En cualquiera de los dos casos, es requisito que tanto los aranceles como las obligaciones que afecten al comercio de los estados miembros del grupo con los estados ejenos a él, no sean más restrictivos que los aplicables antes de la creación del grupo. Con lo cual, los acuerdos de zonas de libre comercio se apoyen en los siguientes principios:

- eliminar o reducir los aranceles y otras medidas restrictivas al comercio entre ellos;
- la eliminación o reducción de restricciones al comercio debe llevarse en un tiempo razonable;
- los niveles arancelarios y no arancelarios al que se mantengan dentro de libre comercio, no podrán ser más altos o más restrictivos a otros países después de constituida la zona.

La integración y la aplicación del TLC, al estar éste vinculado con el GATT, debe de ajustarse en general a lo establecido por este último instrumento.

Por tal motivo, el GATT establece en su artículo XXIV, inciso 7:

- a) “ Toda parte contratante que decida formar parte de una unión aduanera o de una zona de libre comercio, o participar en un acuerdo provicional tendiente a la formación de tal unión aduanera o de tal zona de libre comercio, la notificará sin demora a las partes contratantes, facilitándoles, en lo que concierne a la unión o zona en proyecto, todas las informaciones que les permita someter a las partes contratantes los informes y formular las recomendaciones que estimen pertinentes”
- b) “ Si después de haber estudiado el plan y el programa comprendido...

en un acuerdo provicional al que refiere el párrafo 5, en consulta con las partes en tal acuerdo y teniendo debidamente en cuenta las informaciones puestas a su disposición de conformidad con el apartado a) de este párrafo, las partes contratantes llegan a la conclusión de que dicho acuerdo no ofrece probabilidades de dar como resultado el establecimiento de una unión aduanera o de zona de libre comercio en el plazo previsto por las partes del acuerdo, o consideran que este plazo no es razonable, las partes contratantes formularán sus recomendaciones a las partes en el citado acuerdo.”

“Estas no lo mantendrán o no lo podrán en vigor, según sea el caso, si no están dispuestos a modificarlo de conformidad con tales recomendaciones”

c) “ toda modificación substancial del plan o del programa a que se refiere el apartado c) del párrafo 5, deberá ser comunicada a las partes contratantes interesadas que inicien consultas con ellas, si la modificación parece que puede comprometer o diferir indebidamente el establecimiento de la unión aduanera o de la zona de libre comercio.”

Con base en dicha disposición, Israel dio a conocer su acuerdo con Estados Unidos en la reunion del GATT del 1° de Mayo de 1985 y el consejo decidió establecer un grupo de trabajo para examinar las estipulaciones del acuerdo comercial.

El tratado arancelario preferencial concedido por las partes contratantes desarrolladas a productos originarios de países en vias de desarrollo se otorga de conformidad con el Sistema Generalizado de Preferencia y en este contexto México fue aceptado como país beneficiario del SGP de los Estados Unidos.

Este esquema es temporal y tiene diversas restricciones, tales como los topes al volumen comerciado, adiciones y excepciones de productos y ajustes cuantitativos periódicos, que limitan las expectativas de mediano y largo plazo de los países beneficiarios. Por tal motivo, el TLC permite a México tener un esquema de ventajas comerciales de mayor seguridad y permanencia, ante la constante erosión que cada año sufre el SGP.

6.- NATURALEZA DE TLC

6.1.- DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

CONVENCION DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS

México firmo este convención el mismo día de su apertura a firmar, esto es el 23 de Mayo de 1969, y despues de haber sido aprobado por el Senado de la República, fué ratificadoel 25 de Septiembre de 1974.

El gobierno de Canadá no firmo la convención de Viena en el periodo señalado conforme a lo dispuesto por la misma, esto es, hasta el 30 de Noviembre de 1969, en el Ministerio Federal de Relaciones Exteriores de la República de Austria, y despues hasta el 30 de Abril de 1970, en la sede de Naciones Unidas en New York.

Sin embargo esta convención estando sujeta a ratificación o adhesión, el gobierno de Canadá depositó su instrumento de adhesión en poder del secretario general de Naciones Unidas. conforme al artículo 83 de la misma, el día 14 de Octubre de 1970.

Por lo que respecta a Estados Unidos de Norteamérica de conformidad con el artículo 81 de la convención, este país firmo el mencionado tratado el 24 de Abril de 1970, pero sin que hasta la fecha haya depositado el instrumento respectivo de ratificación en poder del secretario general de Naciones Unidas.

La convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entró en vigor el 27 de Enero de 1980, esto es despúes del trigésimo día en que fue depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o adhesión.

6.2 LOS TRATADOS Y LOS TERCEROS ESTADOS

La norma *pacta sunt servando*, según la cual los tratados obligan a las partes y deben de ser ejecutados de buena fe, es el principio fundamental del Derecho de los Tratados (artículo 26.C.V.)

Un tercer Estado es cualquier Estado que no sea parte en el tratado y parece unánime el reconocimiento de que, en principio, un tratado no crea ni obligaciones ni derechos para terceros estados sin que medie su formal consentimiento.

En el derecho internacional la justificación de esta norma se apoya en la soberanía e independencia de los estados. Los tribunales internacionales han sostenido con firmeza que en principio los tratados, sean bilaterales o multilaterales, ni imponen obligaciones a estados que no son parte en ellos ni modifican en modo alguno su consentimiento sus derechos legítimos.

Sin embargo en el Derecho Internacional es ciertamente posible que un estado quede obligado por una disposición contenida en un tratado en el cual no es parte en estricto sentido, en esta hipótesis debe de cumplirse dos condiciones para que un tercer estado quede obligado:

Las partes en el tratado han de haber tenido la intención de crear mediante esa disposición una obligación para ese tercer Estado, el tercer Estado ha de haber aceptado expresamente esa obligación.

Cuando se cumplen estas dos condiciones, en realidad hay un segundo acuerdo colateral entre las partes en el tratado por un lado y el tercer estado por otro. La verdadera base jurídica de la obligación de este último no es el propio tratado sino el acuerdo colateral, aun cuando la cuestión se enfoque de este modo, sigue habiendo en estos casos una disposición de un tratado concertado entre ciertos estados que obliga directamente a otro Estado que no es ni llega a ser parte del tratado. 3

Otro mecanismo jurídico que puede verse en derecho internacional como una forma de flexibilizar el principio de efectos relativo de los tratados, lo podemos encontrar a través de la ampliación o extensión por la vía....

3 - Respecto a la cláusula de Nación más favorecida, por lo que un estado "A" se a conceder a un estado "B" en cuyo favor se concerta todas las ventajas que el estado "A" puede otorgar a un estado "C" , cualquiera esto constituye una modalidad de aplicación de los tratados en el tiempo casier, PHILIPPO. pag. 15

consuetudinaria de las reglas contenidas en un tratado. De esta suerte se puede explicar una serie de fenómenos como el reconocimiento general de ciertos status territoriales cuyo origen era meramente convencional o contractual, pudiendo citar casos como la neutralidad de Suiza, previstas por los tratados de Viena de 1815, o la situación particular de la Antártica resultante del tratado de 1959.

El artículo 38 de la Convención de Viena prevé esta extensión bajo forma de excepción, declarando que lo depurado en la convención, no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal. Sin embargo es cierto que en muchos de estos casos que se citen no puedan decirse con propiedad que el tratado tenga efectos jurídicos para terceros estados, se trata de casos en los cuales, señalo la Conferencia de Naciones Unidas sobre el entre ellos y las partes en el tratado como obligatorias de derecho consuetudinario.

No obstante lo anterior se decidió incluir en el artículo 38 de la C.V. una reserva de carácter general para excluir cualquier interpretación en el sentido de que la C.V. rechasara la legitimidad del proceso concerniente a la intervención de la costumbre en la extensión de la aplicación de las normas convencionales más alla de los propios Estados contratantes.

Desde el punto de vista del derecho internacional público no hay duda de que el TLC es un tratado internacional, por tratarse de un acuerdo entre estados regido por el derecho interancional público.

Por lo tanto su interpretación y aplicación se rigen por la disposiciones de derecho internacional aplicables a los tratados internacionales.

Igualmente, toda violación al TLC se rige por las normas de derecho internacional pública aplicables a las violaciones a cualquier tratado internacional de naturaleza análoga.

6.3 DESDE EL PUNTO DE VISTA INTERNO.

En cuanto a nuestra regulación en la materia, en el DOF del 2 de enero de 1992 se publicó la Ley sobre la celebración de tratados, en la cual, por primera vez en nuestra historia, se regulan los acuerdos ejecutivos bajo la denominación de acuerdos interinstitucionales, sin que se haya realizado ninguna reforma constitucional sobre el tema.

Conviene recordar que desde el constituyente de 1856 se aclaró que el término tratado, convención, convenciones diplomáticas, o cualquiera otra denominación que se utilice para referirse a los instrumentos internacionales en razón de los cuales se obliga México a nivel internacional, resultan términos equivalentes y que independientemente de la denominación que se utilizara dichos instrumentos deberían ser aprobados por el congreso.

La ley celebración de tratados del 2 de enero de 1992 define los acuerdos interinstitucionales diciendo:

"ACUERDO INTERINSTITUCIONAL".

El convenio regido por el derecho internacional público celebrado por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la administración pública federal, estatal o municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera que sea su denominación, sea que derive o no de un tratado previamente celebrado.

El ámbito material de los acuerdos interinstitucionales deberá circunscribirse exclusivamente a las atribuciones propias de las dependencias y organismos descentralizados de los niveles de gobierno mencionados que lo suscriben.

Como puede observarse, en la definición se acepta que es un convenio regido por el derecho internacional, las normas de derecho que los rigen son las convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados y el que o celebren cualquiera de las dependencias mencionadas, no cambia en nada su naturaleza de tratado.⁴

Esta figura de la reciente Ley la encontramos muy discutible por varios aspectos pero antes que nada porque nuestra Constitución Política sostiene expresamente: “dos Estados no pueden, en ningún caso: celebrar alianza tratado o coalición con otros Estados ni con las potencias extranjeras”. El punto aquí es que al prohibir en lo absoluto toda actividad internacional a los Estados miembros de la Federación, hace radicar exclusivamente en los órganos federales la facultad de actuar en los actos de la vida exterior. Pero además de ello, tenemos que preguntarnos si de lo que se trataría aquí es de querer legalizar ciertas prácticas viciosas como la famosa práctica de los acuerdos ejecutivos, que permiten al Presidente tranquilamente desembarazarse de espectro que significará un posible veto del Senado, o sencillamente actuar libremente de todo control legislativo.

La Constitución Política de México ha sido clasificada por los constitucionalistas como rígida y escrita, por lo cual la Práctica del Ejecutivo de no someter al Senado los Acuerdos internacionales, no puede de ninguna manera modificar los artículos 76 fracción I y 89 fracción X. Esto quiere decir sólo procedería si se enmendara la Constitución mediante el procedimiento de reformas marcado en el artículo 135, esto es por un voto de las 2/3 partes del Congreso de la Unión con la aprobación de la mayoría de las cámaras legislativas de los Estados.

6.4 NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS INTERINSTITUCIONALES.

Para comenzar hay que decir que al margen de la constitución, México a venido celebrando en forma cada vez más creciente, este tipo de acuerdos sobre las mas diversas y heterogéneas materias, a través principalmente de

4.- Bicarreti di Ruffia, Polo intriducción al derecho constitucional comparado, traducción de Hector fix - Zamudio, México. FLE pp.77a 90.

las Secretarías de Estado, destacándose por su número, la Secretaría de Hacienda, la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal, la Secretaría de Comercio, la Secretaría de Salud, la Procuraduría General de la República.

La exposición de motivos de la ley, nos dice que:

Un acuerdo interinstitucional obliga a las partes firmantes según el derecho internacional público, pero a diferencia de los tratados, no requieren ser sometidos a la aprobación del Senado, pues no son Ley suprema de la Nación y en contraste con contratos internacionales privados no son regulados por reglas del derecho internacional privado.

En México y en los Estados Unidos de Norteamérica la concepción ha sido siempre la de que el poder reside en el ejecutivo y el contra peso es tarea del legislativo; no obstante es el poder en el campo de las relaciones exteriores lo que se ha venido incrementando y es el control lo que se ha venido mermando.

Tanto el Presidente de México como el de los Estados Unidos de Norteamérica tienen el monopolio constitucional en las relaciones exteriores con otros gobiernos, tiene el monopolio de la negociación y concentración de tratados.

El congreso Mexicano, como el Congreso Norteamericano no pueden dar terminado un tratado como obligación internacional, pero puede, mediante una legislación posterior incompatible con el tratado, anular sus disposiciones por lo que se refiere a su efecto en nuestro derecho interno.⁵

En México desde el año de 1836 (celebración del Tratado de Paz y Amistad con España) y en los Estados Unidos de Norteamérica desde el año 1817, se han celebrado por parte del Presidente de la República un sin número de convenios o acuerdos ejecutivos.

5.- Neriaga Cantú, Alfonso, los derechos sociales, creación, de la revolución de 1910 y de la constitución de 1917, México UNAM, 1988, pp.30 y sig.

6.5 VALIDEZ INTERNACIONAL DE LOS ACUERDOS EJECUTIVOS

Cualquier acuerdo regido por el derecho internacional público, que se celebre con otro Estado soberano, debe de considerarse como una obligación internacional asumida por México, o por los Estados Unidos de Norteamérica como Nación. Los efectos internacionales de un convenio o acuerdo ejecutivo están en el mismo plano que un tratado, para efectos de derecho interno, ciertos acuerdos ejecutivos no pueden alterar, en los Estados Unidos de Norteamérica, el derecho existente, en tanto que un tratado se convierte en Ley suprema de la Nación y tiene procedencia sobre cualquier Ley anterior.

Es la muy importante Causa de United States vs Belmont (1937) a la que nos referimos anteriormente, la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, sostuvo sin cortapisas que un "Convenio ejecutivo" celebrado por el presidente por su propia autoridad tiene el mismo efecto que un tratado respecto de la ley estatal.

Ahora bien, no debemos olvidar que un convenio ejecutivo concertado la autoridad única del presidente, a diferencia del tratado, no puede contravenir las disposiciones de una ley federal anterior, fue lo que se sostuvo en la Causa United state vs Guy In (1953). Sin embargo un convenio ejecutivo contraído de acuerdo a una delegación del Congreso que prevea específicamente una modificación de la ley existente, puede decirse que en esta hipótesis, el convenio tiene virtualmente el mismo efecto legal en derecho interno que el que tiene un tratado.

La peregrina idea de que un convenio del ejecutivo no puede obligar legalmente a los Estados Unidos de Norteamérica más allá del presidente que lo concertó no tiene base constitucional ni legal de ninguna clase.

6.6. SUPREMAÍA CONSTITUCIONAL

El artículo 133 de la Constitución establece la llamada supremacía constitucional y una escala jerárquica de las diversas disposiciones que deban regir al país.

Según este precepto los tratados internacionales celebrados por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, en los términos del artículo 76 fracc. 1 y 89 fracc. X “serán Ley suprema de toda la Unión”.⁶

Las Leyes emanadas del Congreso de la Unión son fundamental mente las Leyes federales. El último párrafo del 133 que dispone que los jueces de cada estado se conformarán a la Constitución, Leyes, Tratados, consigna el principio de la supremacía del derecho del derecho federal sobre el derecho local.⁷

El precepto de Suprema constitucional que a los tratados dentro de la Ley Suprema de la Nación, es idéntico en en forma y fondo al artículo VI de la Constitución Norteamericana, y al Artículo 126 y 133, respectivamente de las Constituciones mexicanas de 1857 y 1917, ésta en su texto anterior a la reforma de 1934.

En 1933 se reformó el precepto que comentamos agregando a su texto tradicional el que los tratados deben de estar de acuerdo con la Constitución.

Por otro lado, en los artículos 76 fracción I, 89 fracción X y 133, el término tratado, convenio o convención tienen un mismo significado y no se incluyeron otros términos para referirse a dichos instrumentos internacionales porque se sabía desde 1857 que eran términos equivalentes.⁸

De esta forma, el termino tratado abarca cualquier instrumento internacional, el cual requiere de acuerdos a la Constitución, el ser celebrado

6.- González Uribe, Hector, hombre y estado, México, Porrúa 1989 pag. 46

7.- Radrich, Gustavo, el hombre en el derecho, tra. Anibal del Campo, Buenos Aires, ediciones de Depalma, 1980, pag. 47.

8.- Guguít, León, las transformaciones del derecho, Buenos Aires, editorial Heliasta, 1975, pag. 178.

por el Presidente con la previa aprobación del Senado, de no ser así como el caso de los acuerdos institucionales, se viola los artículos 76, fracción I 89 fracción X y 133 constitucionales.

Por si ello fuera insuficiente, dicho acuerdo no se publicaría en el D.O.F., a pesar de que pueden establecerse en los mismos, mecanismos de solución de controversias internacionales a los que pueden acudir personas físicas y morales de nacionalidad mexicana.

Si bien es cierto que la práctica exigía una regularización en la materia, lo deseable hubiera sido reforma previamente nuestra Constitución para ajustarse a las necesidades de la realidad.

No obstante tal Ley, desde el punto de vista del derecho interno mexicano, tampoco hay duda de que el TLC es un tratado internacional, tanto de conformidad con las disposiciones constitucionales relevantes, como conforme a las disposiciones de la convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, de la cual México es parte; al ser celebrado por el Presidente, aprobado por el Senado y debidamente publicado; forma parte de la Ley suprema del país.

A la misma conclusión se llegaría a la luz sobre celebración de los tratados, si el tratado es sometido a la aprobación del Senado y publicado en el D.O.F.

El TLC es un acuerdo de forma simplificada para los Estados Unidos de América y algunos acuerdos comerciales celebrados por México han revestido esta forma, Por tal motivo conviene precisar su naturaleza en el derecho internacional y su regulación en el derecho estadounidense.

En los Estados Unidos de América, la facultad de celebrar tratados internacionales deriva de distintas disposiciones de la Constitución estadounidense. Así en el artículo segundo se establece que los tratados los celebrara el Presidente con el consejo y consentimiento del Senado,....

con tal de que den su anuencia dos tercios de los Senadores presentes, asimismo el artículo 6 sección 2, señalan que los Tratados serán la suprema Ley del país.

Por otro lado, el artículo 1, sección 10 inciso 1, dispone que “ Ningún estado celebrará tratado, alianza o confederación algunos “ y en el mismo artículo, sección 10, inciso 3, se establece:

sin dicho consentimiento del Congreso ningún estado podrá (...) celebrar convenio o pacto alguno con otro estado, o una potencia Extranjera.

Con el tiempo, por la influencia militar, política y económica de los Estados Unidos de América se abrieron los candados establecidos por la Constitución y la fórmula que se encontró fueron los executive agreements, los cuales no se mencionan en dicho ordenamiento.

Dicho acuerdos se celebran con mayor frecuencia que los propios tratados. Así, bajo la presidencia de Roosevelt, los Estados Unidos celebraron 105 tratados y 123 acuerdos ejecutivo.

Con Truman se concluyeron 132 tratados contra 1324 acuerdos ejecutivos y recientemente con Nixón se ratificaron 63 tratados y se firmaron 846 acuerdos ejecutivos.

A pesar de que los acuerdos ejecutivos no se mencionan en forma expresa en la Constitución, se distinguen cuatro clases:

1.- Acuerdos ejecutivos aprobados previamente por el congreso: dicho acuerdo se celebraron conforme a la legislación que emite el Congreso, delegado en el Presidente la facultad para concluirlos. Un ejemplo de este tipo de autorizaciones la encontramos en la ley de Comercio de 1974.

2.- Acuerdos ejecutivos aprobados por el congreso con posterioridad a su negociación: el Presidente busca la aprobación del Congreso con la...

Finalidad de poder aceptar acuerdos como internacionales obligatorios para los Estados Unidos, como sucedió con el de Bretton Woods.

3.- Acuerdo ejecutivo presidenciales: los celebran el Presidente con base a la autoridad o al poder que en ciertos ámbitos posee conforme a la propia Constitución, como los acuerdos mediante los cuales se envían fuerzas armadas a otros países.

4.- Acuerdo ejecutivo cuya celebración está autorizada por un tratado: En muchos casos se requiere aplicar un tratado mediante otra serie de compromisos internacionales, los cuales se pueden concluir mediante acuerdos ejecutivos, por una autorización expresa o implícita del propio tratado que les dio origen.

A falta de un apoyo constitucional de los acuerdos ejecutivos ocasionó que durante la década de los 50 se presentaran distintas propuestas de enmienda a la Constitución sobre el régimen de los acuerdos internacionales y su esfera doméstica.

Un gran número de dichas propuestas fueron presentadas por el Senador John Briker del estado de Ohio, en las cuales solicitaba que cualquier acuerdo internacional se aprobara por el Congreso y que el mismo adoptara la legislación que fuera necesaria para que los tratados surtieran efecto vinculativos en los Estados Unidos.

Dichas propuestas fueron rechazadas algunas de ellas por un solo voto de las dos terceras partes del Senado.

El tema de los acuerdos ejecutivos preocupó en forma especial al Congreso, sobre todo después de la guerra de Vietnam y el escándalo de Watergate. Por tal motivo el Congreso emitió la ley " caso Zabloski ", la cual establece:

“ La secretaría del Estado deberá enviar al Congreso el texto de cualquier acuerdo internacional (...) distinto al tratado, en el cual los Estados Unidos sean parte, tan pronto como sea posible, después de su entrada en vigor con relación a los Estados Unidos y en ningún caso después de los sesenta días.

Sin embargo, si cualquiera de esos acuerdos, por su inmediata divulgación pública, conforme a la opinión del Presidente, es perjudicial para la seguridad de los Estados Unidos, no deberá ser enviada al Congreso sino al Comité de relaciones exteriores del Senado y al Comité de relaciones internacionales de la cámara de representantes bajo la apropiada orden de secreto que únicamente podrá ser removida por el Presidente. “

Posteriormente el Departamento de Estado estableció una serie de directrices para determinar cuando recurrir a la instrumentalización de un tratado o de un acuerdo ejecutivo.

De esta forma emitió la siguiente circular de 1974.

CIRCULAR Nº. 175

DEPARTAMENTO DE LOS ESTADOS UNIDOS.
MANUAL DE RELACIONES EXTERIORES

720.2 Objetivos generales: Los objetivos de estos procedimientos son:

a) Que la celebración de los tratados y otros acuerdos internacionales para los Estados Unidos sea conforme a la Constitución y otros límites apropiados.

b) Que en tiempo y forma apropiada se consulte los tratados y otros acuerdos internacionales con los representantes del Congreso y de los comites;

721.3 Consideraciones en la selección entre los procedimientos constitucionales autorizados.

En la determinación del procedimiento que deberá seguir para cualquier acuerdo internacional, deberán tomarse en consideración los siguientes elementos, además de los requerimientos constitucionales:

- a) el grado que el acuerdo envuelve compromisos o riesgos que afecten a la nación como un todo;
- b) Si el acuerdo afecta las leyes de los estados;
- c) Si el acuerdo puede surtir efectos, sin que se emita la subsecuente legislación por el Congreso;
- d) la práctica anterior de los Estados Unidos en acuerdos similares;
- e) La preferencia del Congreso sobre un particular tipo de acuerdo.
- f) El grado de formalidad deseada para un tipo de acuerdo;
- g) La duración propuesta para el acuerdo, la necesidad de una rápida conclusión de un acuerdo y lo deseable de la conclusión de un acuerdo de rutina o a corto plazo;
- h) La práctica internacional genera con respecto a acuerdos similares.

En la determinación de que un acuerdo internacional deberá concluirse como tratado como acuerdo internacional, deberá tenerse cuidado,...

Para no invadir o comprometer facultades constitucionales exclusivas del Senado, del Congreso como un todo o del Presidente.

7.- ASPECTOS CONSTITUCIONALES

7.1 ASPECTOS GENERALES

Aunque tanto México como los Estados Unidos de América y el Canadá son Estados Federales, existe una gran diferencia entre los 3 países en cuanto a la distribución de competencias.

Mientras que en México la regulación de la gran mayoría de las materias de relevancia económica son de competencia del Congreso de la Unión como sucede en materia de importaciones y exportaciones, minería, banca, seguros, fianzas y en general servicios financieros, propiedad industrial y comercio, lo cual de lugar a que en nuestro país el régimen jurídico de tales materias sea único en todo el país, en los Estados Unidos de América y en Canadá los estados o provincias tienen competencia legislativa en muchas de las materias mencionadas, lo cual da lugar a que el régimen jurídico no sea uniforme en todo país. Ello llevó a que el gobierno mexicano tratara de obtener el mejor trato posible para los productos y servicios mexicanos no sólo en cuanto a la regulación federal de sus dos cotrapartes, sino también con respecto a las regulaciones locales.⁹

La diferencia de distribución de competencias legislativas internas, fue, sin uno de los aspectos que hicieron que las negociaciones del TLCAN fuera de gran complejidad, pues tanto los Estados Unidos de América como Canadá son reacios a asumir obligaciones mediante tratados internacionales en materias que internamente caen dentro de la competencia legislativa de los estados o provincias, sobre todo en el caso de los Estados Unidos de América, para los cuales, por tratarse de un acuerdo del ejecutivo (executive agreement), el mismo no prevalece sobre la regulación local.

9.- Legaz y Lacambra, estudios de doctrina jurídica y social. Barcelona, Bosch, 1940 pag. 239.

En el caso de México puede decirse que la mayoría de las materias cubiertas por el TLCAN son, en cuanto a su regulación interna, de la competencia del Congreso de la Unión. Sin embargo, existen materias de competencia local, como es el caso de la educación, tema especialmente relevante en cuanto a profesiones cuyo ejercicio requiere título. Pero aun en esta materia los títulos profesionales expedidos por las autoridades locales tienen validez en toda la República.

También es relevante el derecho local en materia como salubridad, ecología adquisiciones de bienes y servicios por entidades públicas locales, urbanismo, construcción, derecho de autor y educación. Por lo mismo, el dar en México trato nacional a los bienes y servicios de EE. UU.A. y Canadá implica un trato general en todo el país, salvo en los temas mencionados que están regulados a nivel local. De ahí que México insistiera en que el tratado nacional debía comprender el que a los bienes y servicios de los Estados parten en TLCAN recibieran el tratado a nivel local más favorable existente para tales bienes y servicios en el estado o provincia correspondiente.

En cuanto a la competencia constitucional del Presidente de México para celebrar tratados sobre temas incluidos en el TLCAN, no existe duda alguna, pues la constitución claramente faculta al presidente de la República a celebrar tratados internacionales y las restricciones que la misma establece no son relevantes.

Sin embargo, algunos autores han sostenido la tesis de que el Presidente no puede celebrar tratados, en materias que, desde el punto de vista de distribución interna de competencias legislativas, caen dentro del ámbito competencial de las legislaturas locales.

La existencia de que los tratados internacionales estén de acuerdo con la Constitución que formen parte de la ley suprema interna, establecida en el artículo 133 constitucional, parece llevar a la conclusión de que un tratado en materia reservadas a los Estados no estaría de acuerdo con la misma,

Por no respetar la división de competencias, cuya piedra de toque es el artículo 124 constitucional y por ende, no podría considerarse como parte de la ley interna, o al menos tal Ley sería impugnabile a través del juicio de amparo, e incluso de la controversia prevista en el artículo 105 constitucional. Admitir lo contrario parecería implicar la aceptación de que el Presidente de la República, previa aprobación del Senado, pudiera ampliar la competencia federal a costa de la local, a través del expediente de celebrar tratados internacionales que versaran sobre materia reservadas a los estados.

Por otra parte, es claro que la facultad de celebrar tratados internacionales es exclusiva del presidente; el Senado aprueba o desaprueba, pero no celebra, y los estados de la federación no pueden, en caso alguno, ni a través de órgano local alguno, celebrar acuerdos internacionales en materia alguna.

Por lo anterior, parece lógico que, si bien el Presidente de la República, puede celebrar tratados en materia local, en tales casos no basta la aprobación del Senado y la Publicación para que tales tratados formen parte de la ley suprema, ya que deben traducirse en una Ley local, motivo por el cual parecería indispensable la acción de las legislaturas locales, para que el tratado adquiriera el rango de ley suprema de la Unión.

El exterior razonamiento, de ser correcto, llevaría a la conclusión de que México, al ratificar tratados que versaran sobre materias locales, deberían incluir la llamada cláusula federal.

Un análisis de la Constitución lleva a concluir claramente que, en cuestiones internacionales no cabe duda que las competencias relevantes se atribuyen a órganos centrales, entre ellas, concretamente la de concluir tratados internacionales: la facultad de celebrar tratados está atribuida el Presidente, previa aprobación del Senado y, por ende, dado lo previsto por el artículo 124 constitucional, ningún Estado, ni ningún órgano local tiene facultades en la materia, por lo que resulta incluso innecesaria,...

Por retirativa, la prohibición establecida en el artículo 117-I constitucional.

La facultad del Presidente no tiene más que dos limitaciones:

- a) requerir la aprobación del Senado y,
- b) las prohibiciones establecidas en algunas disposiciones constitucionales para celebrar algunos tratados específicos.

Una vez celebrado el tratado con aprobación del Senado, el tratado pasa a formar parte de la Ley Suprema de la Unión. Lo cual significa que pierde su carácter de tratado para convertirse en ley federal. El tratado es una fuente formal del derecho distinta a la ley, sujeta a un régimen constitucional diverso al aplicable tanto a leyes federales como a la locales y que forma parte del estrato jurídico general o nacional.

Queda claro que, al celebrarse un tratado sobre una materia que conforme a la distribución de competencias legislativas internas corresponde a las legislaturas locales, tal materia no deviene central o federal, y el Congreso carecerá de facultad legislativas en la materia al igual que carecía de ellas con anterioridad a la celebración del tratado, salvo con fundamentos en las llamadas facultades implícitas, en la medida en que tal regulación fuera indispensable para hacer eficaz la facultad Presidencial y del Senado.

Pero tal tratado es un ordenamiento que regula válidamente la materia y que tiene vigor en toda la República. Es un ordenamiento general o nacional en la terminología que al referimos a la cuestión jerárquica.

Otro aspecto que es conveniente aclarar, es el de la aplicación de los tratados internacionales. Sobre lo cual es necesario hacer notar que las disposiciones de un tratado internacional puede ser o no autoaplicativas, por lo que no pueden hacerse afirmaciones generales con respecto a todas las disposiciones de los tratados.

Un Tratado puede contener disposiciones que, por su redacción, puedan aplicarse directamente a los particulares sin que se requiera de una disposición legislativa interna, que son el tipo de disposiciones doctrinales llamadas autoaplicativas, o disposiciones para cuya aplicación a los particulares sea indispensable una acción legislativa interna.

La diferencia entre disposiciones autoaplicativas y no autoaplicativas plantea el problema, tratándose de materias que conforme a la distribución interna de competencias internas entre el Congreso General y legislaturas locales, caen en la competencia de estas últimas, de cuál sea el órgano competente para emitir las normas necesarias a fin de cumplir con el tratado.

El que se requiera de la acción legislativa estatal implica dejar en libertad a los Estados para cumplir o no con el Tratado, por lo que el estado mexicano podría resultar responsable a nivel internacional por un incumplimiento del tratado en virtud de la emisión de alguna legislatura local.

El Congreso General tiene facultad para legislar cuando la Ley es necesaria para hacer efectiva alguna facultad expresa del mismo Congreso o de otro cualquiera de los poderes federales. Por tanto, si un tratado contiene una disposición no autoaplicativa que, por lo mismo, requiera de legislación internacional, el Congreso General tiene la facultad para emitir la ley correspondiente, pues de lo contrario serían nugatorias las facultades del Presidente y Senado en materia de tratados internacionales.

No obstante lo anterior, el Congreso General no tiene facultad para emitir las leyes de competencia local. Así por ejemplo, el ejercicio de la facultad legislativa que le otorga la fracción XXX del artículo 73 constitucional, podría emitir una ley conforme a la cual los estados no deben de establecer los requisitos sanitarios distintos para los bienes y servicios locales y los provenientes de los Estados Unidos y Canadá, no pueden en cambio establecer los requisitos sanitarios mismos. Lo mismo es aplicable en materia de normas y estándares de constitución, cuestiones ambientales,...

desarrollo urbano y general, en materia de competencia local.

Las entidades de la federación están obligadas a tomar las medidas legislativas necesarias para ajustarse a los tratados internacionales. Desde luego en caso de disposiciones autoaplicables no hay necesidad de tomar medidas legislativas internas, en tanto la disposición del tratado mismo es directamente aplicable a los particulares y autoridades.

8.- JERARQUÍA DEL TLC

Para ubicar el TLCAN en el sistema jurídico mexicano, es necesario previamente establecer el esquema jerárquicos de los diversos ordenamientos que integran el sistema para después determinar el nivel jerárquico que corresponda al tratado.

La primera de tales labores resulta especialmente difícil dada la complejidad del sistema jurídico mexicano, derivada de la adopción de un federalismo en el que conviven los estratos jurídicos diversos y por falta de disposiciones constitucionales claras con respecto a la organización jurídica de los ordenamientos.

8.1 TRIPLICIDAD DE ESTRATOS DEL SISTEMA JURIDICO MEXICANO

En virtud del federalismo adoptado por la Constitución vigente, en el Estado mexicano puede diferenciarse tres estratos jurídicos diversos:

el que podía llamarse nacional, el generalmente llamado federal y el local.

Aunque la doctrina suele diferenciar entre el estrato federal y el local, no suele en cambio referirse al primero de los estratos mencionados.

Sin embargo, del análisis del sistema se desprende su existencia con claridad meridiana, ya que, desde luego, la Constitución misma no puede considerarse un ordenamiento federal ni local, puede ambas competencias son creadas por la Constitución la cual les está supreordenada. Lo anterior resulta claro si se considera que mientras los ordenamientos legislativos locales son emitidos por las legislaturas de los Estados y en el caso del Distrito Federal por el Congreso de la Unión actuando en su competencia local, y las Leyes Federales lo son por el Congreso de la Unión, en cambio la Constitución misma es fruto de un órgano diverso: el constituyente, y sólo puede ser modificado mediante un procedimiento en el que intervienen tanto el Congreso General como las legislaturas de los estados, salvo en el caso de la fracción I del artículo 73 constitucional, conforme a la cual el Congreso General tiene facultad para admitir a nuevos Estados a la Unión federal, caso único de flexibilidad en materia de reformas constitucionales, pues es el legislador federal ordinario el competente para hacer la reforma constitucional en contraste, en la fracción III del mismo artículo 73 constitucional, se está ante un caso de rigidez constitucional, ya que el procedimiento para crear nuevos Estados dentro de los límites existentes, está sujeto a más requisitos que los provistos en el artículo 135 constitucional.

Pero si la Constitución es el ordenamiento nacional o general por excelencia, no es el único. Así por ejemplo, en el sujeto de suspensión de garantías, el decreto o Ley respectiva también merece el rango de ordenamiento general o nacional, en tanto afecte la vigilancia que suspende - de las disposiciones constitucionales respectivas, dando lugar a una situación temporal durante la cual tienen vigor las disposiciones de la suspensión, en sustitución de las disposiciones constitucionales que establecen las garantías suspendidas.

La diferencia anterior se hace aún más patente si se comparan los ámbitos materiales, estableciendo al menos cual sea la autoridad competente, en contraste, los ordenamientos federales y locales tienen ámbitos materiales parciales, ya que la competencia del Congreso General sólo abarca las...

Materias que le son atribuidas por la Constitución, mientras la local abarca aquellas materias no otorgadas a los órganos federales.

Desde el punto de vista espacial, entendido éste como el espacio en el cual puede ser impuesto coactivamente un ordenamiento, resulta clara la diferencia entre los ordenamientos locales por una parte, y los federales y nacionales, por la otra ya que los primeros sólo pueden ser impuesto coactivamente dentro de la entidad respectiva , en tanto los segundos y terceros pueden serlo en la totalidad del territorio del Estado mexicano.

Resulta por tanto clara la triplicidad de estratos jurídicos integrantes del sistema.

Tarea más difícil es la de establecer qué ordenamientos forman parte de cada estrato, salvo por lo que se refiera a los casos más obvios, como lo son el de la Constitución misma, las leyes federales y las locales.

Evidentemente la Constitución se encuentra en el estrato que hemos llamado nacional, las leyes federales en el federal y las locales en el local. En este último estrato se ubican demás las constituciones de los Estados, a que se refiere el artículo 133 constitucional.

Todavía podría darse un paso más ubicar en el estrato federal a los reglamentos emitidos por el Ejecutivo de la Unión para hacer posible la aplicación de las leyes federales en la esfera administrativa, así como ubicar en el estrato local a los reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados. E incluso ubicar a las normas individualizadas, tales como sentencias, actos administrativos y contratos, dentro del estrato que corresponda al ordenamiento inmediatamente fúndante de su validez.

8.2 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.

Si de la mera enumeración de ordenamientos, se pasa al análisis de la...

Jerarquización de los mismos, el primer criterio ordenador que brinda la Constitución es el de la supremacía de ésta. Sin embargo, y a pesar de lo que se desprendería de una lectura superficial del artículo 133 constitucional, no puede considerarse que exista una subordinación jerárquica de los ordenamientos locales con respecto a los federales. La disposición mencionada literalmente establece.

Art. 133.- ESTA CONSTITUCIÓN, LAS LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN QUE EMANEN DE ELLA Y TODOS LOS TRATADOS QUE ESTÉN DE ACUERDO CON LA MISMA, CELEBREN POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, CON APROBACION DEL SENADO, SERÁN LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. LOS JUECES DE CADA ESTADO SE ARREGLARÁN A DICHA CONSTITUCIÓN, LEYES TRATADOS, A PESAR DE LAS DISPOSICIONES EN CONTRARIO QUE PUEDA HABER EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS O LEYES DE LOS ESTADOS.

Como se desprende del análisis del texto transcrito, la supremacía de las Leyes del Congreso de la Unión está subordinada a que las Leyes en cuestión emanen de la Constitución, lo cual significa, evidentemente, que tales leyes, para ser ley suprema deben de estar conforme a la Constitución.

Por lo mismo, la prevalecida de la ley federal sobre la ley local no deriva del carácter federal de la primera, sino que está condicionada a su Congruencia con la Constitución. Por tanto, de existir un conflicto entre una ley federal y una local, el mismo no se resuelve a favor de la primera necesariamente, pues ésta sólo deberá prevalecer si está de acuerdo con la Constitución, prevalece el ordenamiento local. Al respecto debe hacerse notar que, en principio, siempre que se plantea un conflicto entre una Ley local y una federal existe un problema competencia, ya que los ámbitos materiales de validez de los ordenamientos locales y federales son, en principio, diversos y excluyentes, por lo que no pueden coexistir un ordenamiento federal y otro local sobre la misma materia.

Sin embargo, aunque tal se el principio general, existen algunas materias en las cuales tanto los órganos legislativos locales como el federal tienen competencia. Sólo en tales materias pueden coexistir, constitucionalmente, ordenamientos locales y federales sobre la misma materia, casos en los cuales sí prevalecería los primeros sobre los segundo en caso de darse alguna contradicción.

En cuanto a los tratados internacionales, el texto constitucional es incluso explícito al condicionar el carácter de ley suprema de tales ordenamientos que los mismos estén de acuerdo con la Constitución.

8.3 SUBORDINACIÓN DE LOS REGLAMENTOS.

La doctrina mexicana suele diferenciar entre los reglamentos autónomos, que son aquellos que desarrollan directamente una disposición constitucional y aquellos otros que se emiten para facilitar la aplicación de la ley en la esfera administrativa, a los cuales podríamos calificar, para constatarlos con los primeros, como reglamentos dependientes.

Evidentemente los reglamentos se encuentran subordinados al ordenamiento que reglamentan y forman parte del mismo estrato que el ordenamiento reglamentado.

8.4 UBICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

Lo anterior, aunque dista mucho de un esquema completo de la ordenación jerárquica de los diversos ordenamientos que integran el sistema jurídico mexicana, parece suficiente para plantearse la pregunta sobre la ubicación de los Tratados internacionales en lo general, y el TLCAN en lo particular.

Pero debe empezarse por aclarar que tal pregunta abarca dos aspectos diversos: el primero, relativo a si los Tratados internacionales se ubican en...

El estrato nacional, el federal o el local, y el segundo, relativo a las relaciones de jerarquía entre los tratados y los diversos ordenamientos que integran el sistema.

8.5 LOS TRATADOS INTERNACIONALES COMO ORDENAMIENTOS NACIONALES.

Empecemos por hacer notar que los tratados internacionales son ordenamientos celebrados por el Presidente de la República actuando como jefe de Estado, es decir, como representante de los Estados Unidos Mexicanos ante el exterior. Tales ordenamientos pueden referirse a materias que, desde el punto de vista de distribución interna de competencias sean de la esfera local o federal y su validez interna se encuentra subordinada, exclusivamente a la Constitución. Lo cual lleva a concluir que se está ante ordenamientos nacionales y no federales locales. Tal conclusión se hace aún más clara si se toma en consideración que el Presidente de la República tiene dos esferas competenciales: como Ejecutivo federal y como Jefe de Estado, y que los tratados los celebra precisamente en este último carácter.

8.6 POSIBILIDAD DE CONFLICTO ENTRE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y LAS LEYES FEDERALES Y CRITERIO DE SOLUCION

Dado que los tratados internacionales pueden referirse a materias que, desde el punto de vista de distribución interna de competencias legislativas, caen en la esfera competencial del Congreso de la Unión, pueden darse el supuesto de que las disposiciones del tratado no sean compatibles con las de alguna ley federal. Problema ante el cual debe adoptarse algún criterio de solución.

Consideramos que el problema anterior tiene solución sin necesidad de...

Acudir a criterios de jerarquización, sino de relación entre una norma general - ley federal - y una ley especial - el Tratado - que, por lo mismo, debe resolverse aplicando la norma especial a los casos que ésta se refiere y la norma general- o sea ley federal- en todos los supuestos no comprendidos por la norma especial o sea el tratado.

Al respecto debe hacerse notar que los tratados internacionales no son Leyes en sentido estricto. Cuando la Constitución los califica como integrantes de la ley suprema no da al término ley la connotación técnica específica de ordenamiento general delicado del proceso legislativo, pues evidentemente la Constitución misma no es una ley en ese sentido, sino que tan sólo pretende establecer un principio jerárquico conforme a lo cual los tratados y leyes federales que están de acuerdo con la Constitución son la normatividad jerárquicamente superior, derivando tal superioridad de la congruencia con la Constitución.

En el caso del TLCAN, el mismo será aplicable a las relaciones entre los tres países, pero en general no lo será a las relaciones con terceros Estados.

Por lo mismo, sus disposiciones se presentan como normas especiales con respecto a las Leyes federales, las cuales tendrán carácter general.

8.7 POSIBILIDAD DE CONFLICTO ENTRE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y LAS LEYES LOCALES Y CRITERIO DE SOLUCIÓN.

En principio, también es posible que se planteen conflictos entre las disposiciones de un tratado internacional y las disposiciones legislativas locales ya que los tratados pueden referirse a materias, que desde el punto de vista de la distribución interna de competencias legislativas, corresponden a las legislaturas locales. En el caso del TLCAN por refiere al comercio entre los tres Estados, la materia a la cual se refiere es, desde el punto de vista interno, de competencia federal ya que la regulación del comercio corresponde al Congreso General y muchas otras materias en las

Cuales incide tal tratado, como cuestiones migratorias, de inversión extranjera, son también competencia del Congreso de la Unión. Por lo mismo, en un principio, no son previsibles, conflictos entre los ordenamientos locales y el tratado en la mayoría de los temas tales como el ejercicio profesional y pudiera llegar a abarcar el tema de adquisiciones gubernamentales locales, las cuales, son de competencia local, de darse algún conflicto, parece que el criterio ya esbozado relativo a la relación entre norma general y especial, es suficiente para resolver el problema, pero adicionalmente, el artículo 133 sí establece una supremacía de los tratados con respecto a las Leyes y constituciones Locales.

8.8 LA CUESTIÓN JERÁRQUICA

Como se ha hecho notar, los problemas derivados de la diversa regulación prevista en un tratado y una ley, son susceptibles de ser resueltos acudiendo a un análisis de los ámbitos de validez de las normas respectivas, según el cual las disposiciones del tratado se presentan como normas especiales aplicables a ciertos casos, o a ciertos sujetos, en tanto que las leyes internacionales se presentan como ordenamientos generales aplicables a todos los casos no regulados por la normatividad especial. Tal es sin duda el TLCAN, pues el mismo sólo regula las relaciones entre los tres estados, pero no con respecto a terceros Estados, salvo algunas disposiciones en materia de inversión, que si son aplicables a terceros estados.

Sin embargo, parece teóricamente posible la celebración de un tratado de generalidad tal, que plantee problemas no susceptibles de solución conforme al criterio anterior, por lo que debe preguntarse, en tales casos, si el problema debe resolverse conforme a algún criterio de jerarquización y, en caso afirmativo, cuál será éste.

Dado que en la modificación y derogación de leyes federales debe seguirse el mismo procedimiento que para la aprobación de las mismas, resulta obvio que un tratado no puede modificar ni derogar una ley federal,

Ya que en la celebración de éste no es sigue el procedimiento legislativo sino el procedimiento especial consistente en la celebración por el Presidente y aprobación del Senado.

Por otra parte, aunque la Constitución no regule expresamente la materia, parece obvio que una ley del Congreso General tampoco puede modificar ni derogar un tratado, pues estos son una fuente jurídica diversa que escapa tanto de la competencia del Congreso General como de las legislaturas de los Estados de la Federación.

Debido a lo anterior, el criterio de que la norma posterior deroga a la anterior, no es aplicable en estos casos.

Evidentemente, un primer criterio de solución lo daría el artículo 133 constitucional, consistente en hacer prevalecer la norma que estuviera de acuerdo con la Constitución. Sin embargo, puede tratarse de normas de naturaleza tal, que ambas sean compatibles con la Constitución, caso en el cual tal criterio no sería suficiente para resolver el problema. Aquí la Constitución parece tener una laguna, pues subordina tanto las leyes federales como los tratados directamente a la Constitución, sin establecer relación jerárquica entre ambos tipos de ordenamientos.

Lo anterior parece responder a la idea de que los tratados internacionales se presentan siempre como una norma de ámbito de validez espacial, por lo que la diferenciación entre especial y general pareció suficiente al constituyente.

La apreciación parece realista, pues hasta la fecha no existe tratado alguno que vincule al Estado mexicano con respecto a todos los demás Estados existentes por lo que un tratado internacional se presenta siempre como una norma especial o conjunto de normas especiales lo cual se hace evidente si se toma en consideración que la violación del tratado, sólo puede ocasionar responsabilidades frente a los demás Estados partes, pero no ante Estados terceros, salvo que el tratado mismo otorgue derecho a...

Tales Estados terceros. Por otra parte si se llegara a dar el supuesto de un tratado en el que fueran partes la totalidad de los Estados, y que regulara relaciones entre particulares, tal tratado desplazaría en la práctica, por su generalidad, a la legislación interna en la materia correspondiente. Tal posibilidad parece aún muy remota, incluso en temas en los que se han logrado avances tan significativos como es el caso de la compraventa internacional de mercaderías. Pero aún en tal supuesto, la norma de origen interno conservaría una aplicada potencial para el caso de que algún Estado denunciara el tratado, así como para el caso de surgimiento de un nuevo Estado. Por lo que se refiere al derecho local, el artículo 133 constitucional sí establece claramente un criterio jerárquico conforme al cual los tratados prevalecen no sólo sobre las leyes locales, sino incluso sobre las constituciones locales.

0.9 EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO Y LA GARANTÍA DE IGUALDAD.

Otra cuestión constitucional que puede plantearse, es la de si, al darse en México a los bienes y servicios provenientes de Canadá o los Estados Unidos de América, o a los nacionales residentes de tales países un trato que, al ajustarse el TLCAN, es más benéfico que el dado a los bienes y servicios provenientes de terceros Estados o a nacionales o residentes de terceros Estados, se viola la garantía de igualdad consagrada en el artículo primero constitucional.

En el caso de bienes, servicios, nacionales y residentes de Estados partes del GATT, la situación es relativamente fácil de resolver, en tanto el TLCAN está fundado en las disposiciones del GATT y por lo mismo, su aplicación deriva de los actos consentidos por los Estados partes del GATT.

En los demás casos, es necesario hacer ciertas diferenciaciones.

Por lo que se refiere a la importación y exportación de bienes y comercio...

De los mismos dentro del país, las amplias facultades que concede el artículo 133 constitucional al Congreso General parece ser fundamento suficiente para sostener que es constitucionalmente posible dar trato distinto a los bienes provenientes de diversos Estados o destinados a ser exportados a Estados diversos.

Por ejemplo el Congreso de la Unión delega facultades en tal materia al Presidente, facilita la implementación de las medida relativas.

En materia de servicios, la situación es algo más compleja, pues el artículo 131 constitucional se refiere a importación, exportación y tránsito de mercancías, al ser una norma específica en nuestra Constitución, exige una interpretación estricta, con la cual no puede considerarse aplicable ni a los servicios ni al ingreso de personas al país.

En cuanto al ingreso de personas, el extranjero al entrar al país bajo una calidad y características específica, está aceptando las limitaciones correspondientes, por lo que se está ante actos consentidos que, por lo mismo, no son susceptibles de impugnación en el juicio de amparo.

10 “ DISPOSICIONES FINALES “

1.- ÁMBITO DE VALIDEZ PERSONAL

En derecho internacional se distinguen los tratados cerrados y los abiertos. Los primeros no permiten la adhesión de nuevos Estados; un ejemplo de estos tratados son los de defensa militar. En cambio los abiertos, como su mismo nombre lo indica, permiten la adhesión de otros Estados, sujeta en algunos casos al cumplimiento de determinados requerimientos y condiciones; el ejemplo clásico de este tipo de tratado es la carta de organización de las Naciones Unidas.

El TLCAN es un tratado abierto por cuanto admite que otros Estados lleguen a ser Estados partes, mediante una adhesión de los mismos de acuerdo a los términos y condiciones que sean convenidos entre ese Estado o grupo de Estados y la comisión de libre comercio.

Así, el ámbito de validez personal del TLCAN se limita únicamente a los Estados parte, salvo que algunos de sus disposiciones conceda derechos a terceros Estados no parte como en caso de los requerimientos de desempeño en materia de inversión.

2.- ÁMBITO DE VALIDEZ AMBIENTAL

El TLCAN incorpora como parte integral del mismo los anexos y las modificaciones o adiciones posteriores.

Sin embargo, de acuerdo al artículo 31 de la convención de Viena sobre el derecho de los tratados en la interpretación del TLCAN deberá acudir además a:

- a) El preámbulo
- b) Todo acuerdo que se refiera al tratado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado.
- c) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por los demás como instrumento referente al tratado;
- d) Todo acuerdo anterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones.
- e) Toda práctica anteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado,
- f) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

Ahora bien, las modificaciones o adiciones del TLCAN pueden surgir a través de una enmienda al tratado o de un acuerdo de modificación. Los acuerdos de modificación, conforme a la convención de Viena, son acuerdos que tienen por objeto modificar, entre dos o más partes sus relaciones mutuas (artículo 41 c.v.). En cambio, una enmienda implica un nuevo proceso de celebración de tratado con el objeto de modificar el contenido del tratado entre todas las partes (artículo 40 c.v.).

También en la interpretación del TLCAN son de suma importancia los textos auténticos, ya que el artículo 33 de la c.v. señala:

Interpretación de los tratados autenticados en dos o más idiomas:

1.- Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.

2.- Una versión del tratado en idioma distinta de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerado como un texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.

3.- Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto igual sentido.

4.- Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto por el párrafo, cuando la comparación de los textos auténticos revelen una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie dichos textos habida cuenta del objeto y fin del tratado.

En caso del TLCAN no prevalece ninguno de los textos, pues los textos en español, francés e inglés son igualmente auténticos, con lo cual en caso de una discrepancia en cuanto a la interpretación de un término,...

Se resolverá de acuerdo a las reglas del artículo 30 y 31 de la c.v. y si ello no fuera su eficiente, se adoptara el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin mismo del tratado.

3.- ÁMBITO DE VALIDEZ TEMPORAL

El TLCAN entrara en vigor el 1° de Enero de 1994, una vez que se haya realizado el intercambio de notificaciones escritas que fue la forma que se adoptó para concluir el tratado.

Es un tratado de vigencia internacional, lo cual no significa que las partes se abliquen de forma permanente, ya que aun en el caso de que no se previera la posibilidad de la denuncia en forma expresa, los acuerdos comerciales, por su propia naturaleza, la admiten.

La convención de Viena recoge esta norma consuetudinaria en materia de tratados en su artículo 56, el cual establece:

Denuncia o retiro en el caso de que el tratado no contenga disposiciones sobre la terminación, la denuncia o el retiro.

1.- Un tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o retiro del mismo no podrá ser objeto de denuncia o retiro a menos :

- a) que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro; o
- b) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado.

2.- Una parte deberá notificar con doce meses por lo menos de antelación su intención de anunciar un tratado o de retirarse de él conforme al párrafo 1.

Los tratados que por su propia naturaleza no admiten su denuncia sin cláusula expresa, son los de frontera y algunos tratados en materia de derechos humanos.

A pesar de que el TLCAN no requiere de una disposición expresa que permita a las Partes denunciantes el tratado, se incluyó en este caso la notificación escrita, la cual deberá hacerse 6 meses antes.

CAPÍTULO 2

“ PUBLICACIÓN Y NOTIFICACIÓN DE LEYES “

1.- PUBLICACIÓN, INFORMACIÓN Y NOTIFICACIONES

Debido a que las partes del TLCAN cuentan con sistemas legales distintos, se consideró oportuno que las Partes acreditaran a uno de sus órganos como centro coordinador de información para facilitar la comunicación entre ellas.

Por otra parte, cualquier ley, reglamento, procedimiento y resolución administrativa de aplicación general deberá publicarse a la brevedad o darse a conocer a las personas interesadas, e incluso, cuando ello sea posible, se deberá publicar con antelación cualquier medida que se desee imponer vinculada con el TLCAN con el fin de dar oportunidad a las personas interesadas de formular observaciones.

Vinculado con lo anterior, se señala en materia de notificaciones y suministro de información que las partes deberán:

- a) Notificar en la medida de lo posible , a cualquier cambio relacionado con una medida en vigor o en proyecto que pudiera efectuar substancialmente la ejecución del tratado y afectar con ello alguna parte;
- b) Dar la información que solicite una parte interesada vinculado, con alguno de las medidas antes mencionadas independientemente de que su hayan notificado o no.

Dichas obligaciones, señala el TLCAN, deberán cumplirse sin importar que las medidas que se pretendan adoptar sean acordes o no con el tratado.

Cabe apuntar que con el marco del ALC nunca se han afectado tales notificaciones, lo cual obedece básicamente a razones: la primera, por que es una obligación hasta cierto punto queda a discreción de las partes al

Al cumplirla o no y, la segunda por que a pesar de lo estipulado en el artículo 1803.3 de cierta manera implica un reconocimiento por la parte que notifica, que a través de su medida pudiera violar, nulificar o menoscabar derechos de otra parte.

2.- REVISION E IMPUGNACIÓN

Con el fin de proporcionar una pronta revisión o corrección de acciones administrativas definitivas vinculadas con el TLCAN, las Partes establecerán procedimientos judiciales, cuasi-judiciales o administrativas.

Los órganos de solución serán imparciales, por lo cual no estarán vinculados con ninguna dependencia o autoridad administrativa encargada de la aplicación de las disposiciones internas, ni tendrán ningún interés substancial en el resultado del asunto además, los mecanismos de solución asegurarán que:

- a) La persona afectada tenga una oportunidad razonable de defensa;
- b) La decisión se emita con base en las pruebas y documentos presentados (submissions of record) ocuando lo exija la legislación nacional en el expediente formado por la autoridad administratitiva; y
- c) Las decisiones se ejecuten por las dependencias y autoridades administrativas de tales oficinas o autoridades.

Cabe apuntar que si bien México varios recursos se interponen ante las mismas autoridades administrativas hay opciones que no implican el agotamiento del recurso ante la misma autoridad y permiten acudir al Tribunal Fiscal de la Federación a otros órganos independientes.

Esta obligación también se encuentra prevista en el artículo X párrafo tercero, inciso b) del GATT, que señala:

Cada Parte contratante mantendrá o instituirá tan pronto como sea posible, tribunales, judiciales, arbitrales o administrativos o procedimientos destinados, especialmente a revisar y rectificar rápidamente las medidas administrativas relativas a cuestiones aduaneras. Estos tribunales o procedimientos serán independientes de los organismos encargados de aplicarlas medidas administrativas, y sus decisiones serán ejecutadas por estos últimos y regirán su práctica administrativa , a menos que se interpongan un recurso ante una jurisdicción superior, dentro del plazo prescrito para los recursos presentados por los importadores, y a reserva de que la administración central del organismo pueda adoptar medidas con el fin de obtener la revisión del caso mediante otro procedimiento, si hay motivos suficientes para creer que la decisión es incompatible con los principios jurídicos con la realidad de los hechos.

De ambas disposiciones, la del TLCAN y la del GATT, podrían presentarse problemas de aplicación u a que en México las resoluciones que se emiten no podrán tener el alcance que se les pretende dar en el GATT y en el TLCAN, por cuanto en ambos instrumentos se establece que las resoluciones emitidas por los órganos administrativos, deberán regir la práctica de las autoridades administrativas.

La anterior afirmación es más clara, si se consideron las diferencias en cuanto a la regulación de los recursos administrativos, lo cual ocasiona que los procedentes resultados de dichos recursos no puedan considerarse en todos los casos como jurisprudenciales y con ello regir la práctica anterior de las autoridades administrativas.

Así por ejemplo el Tribunal Fiscal de la Federación goza de competencia de acuerdo con el artículo 23 de su ley orgánica para conocer de ciertos actos administrativos y las sentencias emitidas por dicho órgano únicamente constituyen precedentes jurisprudenciales cuando reúnen los

Requisitos mencionados en los artículos 13, 15, fracción y 258 de la ley orgánica.

Vinculado con lo anterior, el Dr. Fix Zamudio señala que la regulación de los recursos administrativos “ se encuentra dispersa en múltiples disposiciones de carácter especializado, lo cual a producido un verdadero desorden tanto en la tramitación de las impugnaciones internas, como inclusive en la misma denominación y configuración de los reursos”¹⁰

Si existe desorden en cuanto a su tramitación, denominación y configuración, difícilmente podría afirmarse que dichos procedentes puedan regir la práctica posterior de las autoridades administrativas.

10.- Fix Zamudio, Héctor, introducción a la administrativa en el ordenamiento mexicano, Edit. H. Colegio Nacional, México, 1983, p. 47.

CAPÍTULO 3

“SOCIEDAD ANÓNIMA”

SOCIEDAD ANÓNIMA.

1.- INTRODUCCIÓN

Había que distinguirla desde el punto de vista sociológico, aquella propensión que tiene el individuo para vivir en sociedad.

Aristóteles, decía que, el ser tiene por su misma naturaleza a asociarse.

Hobbs, opinaba que, el hombre vive en sociedad por miedo, “ el hombre es el lobo del hombre “, para protegerse.

Rousseau, afirmaba que el hombre se reúne en sociedad por conveniencia, esto lo establece en su libro de “el contrato social”.

Tesis de definiciones objetiva de derecho.

Derecho es aquel que regula la conducta humana en su interferencia intersubjetiva. Cuando el hombre se reúne para lograr objetivos comunes, es cuando el derecho le da importancia a la congruencia de finalidades.

En Roma aparecen lo que se llama el animo contraendo societatis, esto es el impulso que tiene el hombre para entrar en una sociedad para hacer negocios con otro, se perfeccionaba con el affectio societatis, lo cual era lo que conservaba a los socios unidos, lo que para los romanos era lo que motivaba al hombre para hacer negocios comunes.

Existen varias causas comunes:

1.- Vinculación recíproca.

- 2.- Fin común.
- 3.- Una aportación de cada socio.
- 4.- Una vocación para repartirse ganancias y pérdidas.
- 5.- Igualdad de proporción a la intervención de la sociedad.

El derecho Germánico introduce un sexto elemento que es la voluntad de crear una entidad jurídica diferente a los socios que la integran. Lo que se aporta a la sociedad no debe confundirse con el patrimonio personal. Esta concepción Alemana se ha llevado al Derecho Italiano creando sociedades unimembres tener un solo socio. (puede darse el caso que una persona física vaya creando sociedades diferentes para distintos fines, la contradicción de una sociedad de un sólo socio se resuelve con la aportación Alemana de crear personalidad diferente).

En Roma en el Derecho Clásico Romano se crea al concepto de *societas*, en donde existen las seis características antes mencionadas, pero consideran que los bienes afectados a la sociedad forman una copropiedad. (al final lo aceptan y crean la figura de la fundación).

En el Derecho Alemán se crea la figura de *Gesamm Hand*, en español "mano común", la sociedad creada, integra un ente jurídico diferente y por lo tanto no se establece una copropiedad si no propiedad plena de la nueva personalidad.

La Iglesia católica admite más adelante el concepto romano ya influido por el alemán, de crear una persona jurídica distinta cuando acepta la creación de las llamadas fundaciones.

2.- CUATRO ETAPAS HISTORICAS DE LA CREACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE SOCIEDADES.

- 1.- Etapa. El código civil y el código mercantil de Napoleón se desconoce personalidad jurídicas a las sociedades.
- 2.- Etapa. El código italiano de 1882 se le reconoce personalidad a las sociedades mercantiles y se les desconoce personalidad a las sociedades civiles.
- 3.- Etapa. El código alemán reconoce personalidad a la sociedad anónimo y les desconoce personalidad a las demás sociedades.
- 4.- Etapa. El código civil y el código mercantil modernos tanto españoles y mexicanos, se les concede personalidad jurídica tanto a los mercantiles como a los civiles. (Pero muy absurdo que parezca antes sólo se les otorgaba a las personas físicas, lo cual tenían su origen en cuestiones filosóficos y religiosos).

3.- TEORÍAS QUE EXPLICAN LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

Teoría de la ficción. Reconoce la personalidad jurídica a una entidad que no es una persona es una ficción. El único ser que es capaz de ser reconocida personalidad es el hombre lo demás es una ficción jurídica, esta teoría deriva del derecho canónico, corpus mysticum (cuerpo místico), que integra a toda la creación humana en un sólo concepto místico.

Teoría del patrimonio de afectación. Sostiene que se le reconozca personalidad a las sociedades para poderlas dotar de capacidad jurídica suficiente, para poder ser propietarias de un patrimonio, afectado por los socios.

Se destinan bienes para afectarlos con un objeto común para saber quien es propietario de esos bienes.

Teoría orgánica. Se da principalmente cuando se dan en el mundo las teorías de Leviathan (monstruo que se equipara con el estado, a cada función del cuerpo se le atribuye una función del estado). La sociedad tiene las mismas atributos que una persona humana, porque en realidad realizan las mismas funciones que el hombre.

Teoría del reconocimiento Ferrara (autor). Teoría de carácter socialista, es la más moderna y la más revolucionaria que a muchos filósofos le repugnan, las sociedades tienen personalidad si el estado se la reconoce y así imputarles derechos y obligaciones. (critica, la persona esta más alla del estado, en dado caso se podría negarse la personalidad por el estado). Esta es la tesis mexicana.

El Derecho mexicano establece en el art. 25 del C.C. De las personas morales.

Fracc.3. Las sociedades civiles y mercantiles, aquí se le reconoce la personalidad a una sociedad mercantil. El art. 273 del C.C. establece el reconocimiento que realiza el estado a la capacidad de una personalidad moral extranjera de naturaleza privada. El art. 26 del C.C. establece que las personas morales pueden realizar todos los derechos que sean necesarios para lograr su objetivo social a través de su representante legal. El artículo 27 establece que las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que les representa, las facultades de sus órganos se derivan por disposición de la ley (las escrituras constitutivas o sus estatutos).

4.- EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD.

1.- Capacidad de ser sujetos de derechos y obligaciones y de gozar de las atribuciones de una persona. Cuales son esas atribuciones:

Capacidad de tener nombre (ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, esto se llama la cláusula calvo, tienen su origen en las leyes dictadas en 1942, ya que México entra a la segunda guerra mundial, en decreto de 1942 que regulan obligaciones para la constitución de sociedades, antecedente de la ley de inversiones extranjeras).

Capacidad de tener domicilio, su domicilio social (municipio) los actos para que sean validos deben realizarse en el domicilio social, el derecho a ser notificados validamente en un lugar específico.

Capacidad de tener nacionalidad, por que puede haber sociedades nacionales y extranjeras aunque no tienen las mismas facultades, la Ley de inversiones extranjeras establece una serie de obligaciones para constituir una sociedad extranjera en lo referente al objeto, necesidad de tener un porcentaje accionario en manos de mexicanos para considerarse nacional.

Capacidad de Goce, pueden ser sujetos de Derechos y Obligaciones y de acuerdo a su capacidad de ejercicio, los pueden ejercitar sus representantes de acuerdo con el objeto social, (nadie puede ir más allá del objeto social, esta diferencia a la persona física de la moral).

Capacidad procesal. La sociedad puede demandar y ser demandada, hay que distinguir cuando se le demanda a una sociedad y cuando a un socio, se le demanda al socio sobre sus acciones y a la sociedad sobre los bienes afectadas.

Capacidad para tener patrimonio propio. Se le conoce como la tesis de un comunicabilidad de patrimonio y responsabilidades.

Capacidad para heredar. El Derecho Alemán dice que es factible la herencia a una sociedad, en otros países se limita, en México el C.C. en el art. 327 establece que las personas morales son capaces de adquirir bienes ya sea por testamento con limitaciones con las limitaciones constitucionales y sus leyes reglamentarias.

5.- NORMAS GENERALES.

NORMAS SOBRE SU PATRIMONIO

El Patrimonio de una sociedad, hay que distinguirlo de lo que es su **CAPITAL SOCIAL**, ya que este es la cantidad con la que se constituye la sociedad realmente importa solo en el momento de su constitución, el cual más adelante podrá ser aumentado con el objeto de afianzar la inversión de los socios en la sociedad **CAPITAL CONTABLE**.¹¹ Es el patrimonio de la Sociedad y esta representado por bienes tangibles e intangibles ¹², lo que le da un valor adicional al capital contable.

En las sociedades mercantiles existen reglas que protegen la reducción del capital social, la cual tiene que publicarse 3 veces en el periódico oficial con intervalo de 10 días de diferencia, con el objeto de que quien quiera oponerse a la reducción del capital, haga valer sus derechos ¹³. La reducción de capital se hace efectiva hasta que se den los plazos que marca la ley o sucedan estas 3 cosas:

- 1.- Pague a los acreedores.
- 2.- Garantiza el pago.
- 3.- Si hubo oposición por el acreedor exista sentencia ejecutoriada en el cual no se de pie a la oposición, oposición infundada.

El art. 9 LSM establece que no existe la vía sumaria cuando la reducción del capital social, se realiza mediante reembolso a los socios o liberación concedida a estos de exhibiciones no realizadas.

El capital social no debe ser pagado desde el inicio, se puede pagar 50% al inicio y después el otro 50% , obligandose a pagar en exhibiciones posteriores.

11.- Al iniciar la sociedad capital social y el capital contable es el mismo, pero desde ese momento deben diferenciarse, si se tiene éxito el capital contable debe de ser mayor que el social, este aumenta si hay utilidades.

12.- El derecho a explotar un servicio, ejemplo una patente.

13.- Acreedores.

NORMAS QUE PROTEGEN EL CAPITAL

NORMAS DE PROTECCIÓN DE FIDELIDAD DEL BALANCE.

No puede haber distribución de utilidades hasta que no haya sido debidamente acreditadas o aprobadas por la asamblea de socios o accionistas.

No puede haber reparto de utilidades si existen pérdidas de ejercicios anteriores.

Cualquier pacto en contrario no produce efectos legal alguno, la ley establece que los acreedores, pueden exigir el reembolso de los accionistas o de los administradores por las utilidades repartidas en contravención a lo anterior. (Solidaridad o Mancomunidad).

Intangibilidad del capital social. si hay pérdida del capital social, o se reintegra o se reduce para que pueda haber participación de ganancias.
Artículo 18 LSM

La reserva legal, de las utilidades que se generan o se tomara un 5% anualmente para constituir la reserva legal, que se constituirá hasta con el 20% del importe del capital social, cuando este se disponga, deberá de restituirse, cuando se lleve al 20% del capital social, ya se obliga a realizar la reserva, esto varía en los casos de bancos y compañías de seguros, con esto se protege tanto al acreedor como al inversionista.

Es parte del capital contable, por que es parte del patrimonio, si disminuye habrá que reconstituirlo. Artículo 20 LSM.

Las obligaciones que tienen los socios frente a los acreedores.

* La sociedad de personas, el socio siempre será el responsable de las deudas de la sociedad.

* La sociedad de capital, el socio solo respondera hasta por el importe de sus aportaciones. En una Sociedad Anónima, si el socio se retira (cuando sus acciones se retiran , se remvolsan sus acciones), o se separa (la asamblea los separa) y por lo tanto viene un reembolso de sus acciones y una reducción de capital se establecen obligaciones en el artículo 14 LSM, que establece que el “socio seguira respondiendo de las obligaciones resultantes de operaciones realizadas antes de su salida, pero no de las posteriores”, en caso de exclusión y separación, el artículo 13 LSM establece que “ el socio que entra a una sociedad, responde de todas las obligaciones, aunque haya sido anteriores a su ingreso “ (pero con el limite, de su parte capital que apporto).

* Artículo 15 LSM. se puede separar (retener parte del capital y de las utilidades) el reembolso que se da a un socio, cuando se va a salir, hasta que se cumpla el pago de las obligaciones pendientes al tiempo de exclusión y separación.

(se puede comprar una sociedad de 2 formas, ya sea con la venta de acciones, artículo 13 y 15 LSM; o la venta de activos).¹⁴

Obligación de aportación de los socios pueden realizar aportaciones de capitales de dos formas:

1.- aportaciones en bienes ——— aportacion de capital

2.- aportaciones de servicios ——— se conose como aportaciones industriales, a su vez las aportaciones en bienes pueden ser en:

1.- Numerario ——— efectivo, no se tiene ninguna obligación adicional, es traslativo de dominio

2.- Especie ——— inmuebles, maquinarias

14.- Hay más seguridad al capitalizar las utilidades, ya que disponer de este capital social es más difícil por ser más los requisitos, que dejarlo en el rubro de utilidades.

3.- Créditos ——— títulos de créditos, etc.

En este segundo caso la ley establece una serie de obligaciones a seguir, en el caso de aportaciones en especie, bienes muebles e inmuebles, las acciones que le corresponden al socio quedan depositados en la sociedad por dos años, para garantizar de que los bienes aportados, conserven el valor por el que fueron aceptados, si pierden valor el socio debe otorgar remanente siempre que se reduzca por más del 25%, artículo 141 LSM.

En el caso de aportaciones en crédito; (crédito una cantidad de dinero que una persona debe a otra y que se encuentra documentada de alguna manera) debera tratarse de un crédito exigible, el cedente responde de la existencia y legitimidad, y debe garantizar la solvencia del deudor, artículo 121 LSM, “ el socio responde de la existencia y legitimidad del crédito, así como de la solvencia del deudor, el socio que aporta el crédito debe garantizar la solvencia del deudor, a diferencia de la legislación civil en donde no hay obligación de garantizar la solvencia del deudor. Hay discusión entre los autores, ya que la ley no dice nada, cuando se aporta un crédito, si se retiene a cambio o no las acciones, como en el caso de aportaciones en especie, en lo personal se concluyen que deben aplicarse las disposiciones anteriores.

6 DERECHOS DE LOS SOCIOS

derecho patrimoniales

a) Dividendo ——— cantidad que le corresponde al socio derivado de la utilidad que la sociedad obtiene de acuerdo a la ley.

este puede ser en :

* efectivo

* especie ——— El pago es con acciones esto es equivalente a la

Capitalización de utilidades.

b) Cuota de Reembolso — El derecho que tiene el socio de que le sean pagadas sus acciones por la misma sociedad.

La liquidación se da en 2 fechas: Cuando se cumple el plazo de la sociedad o en caso excepcional de una liquidación anticipada (en caso de tener un menor número de socios o capital menor del que marca la ley).

También en caso de exclusión o de retiro, esto como consecuencia que el socio se excluya o se retire voluntariamente o por que la asamblea así lo decidio y por lo tanto, esto trae como consecuencia la disminución de capital, se pagan las acciones con el principio de cuota de reembolso.

Artículo 17 LSM No produce efectos legales alguno, si se estipulo que se excluyan a uno o más socios de las utilidades de la sociedad

Artículo 112, párrafo 20 LSM Las acciones serán de igual valor y otorgaran los mismos derechos. Se debe observar al artículo 17

Hay varios tipos de acciones A, B,C,L,T,M, Cada tipo de acción tiene la forma en que se pueden adquirir y los tipos de derechos corporativos las acciones podrán dividirse en diferentes clases, con derechos específicos para cada clase.

Ningún socio puede ser excluido, pero se puede tener un derecho patrimonial extra, a cambio de limitaciones en derecho corporativo, como el caso de las acciones L; Aunque las utilidades se reparten proporcionalmente todos cobran igual.

La repartición entre los socios capitalistas, se hara proporcionalmente a sus aportaciones; al industrial será la mitad de la utilidad y si son varios se reparte, es importante que el socio industrial no se hace cargo de perdidas artículo 16 LSM.

La participación de los trabajadores en las utilidades debe ser equivalente a la participación de los socios industriales.

De las utilidades obtenidas la sociedad debe pagar el impuesto sobre la renta, el 34%.

La ley laboral exige que de la utilidad neta se separe el 10% para el pago del PTU.

De las utilidades del ejercicio en curso, los socios deciden que deben ir a la reserva legal, reserva estatutaria, y sobre el resto decide la Asamblea, se seda en efectivo, especie (capitalizar), no se reparten utilidades, y se establece un rubro de utilidades pendientes por repartir.

DERECHOS CORPORATIVOS

1.- Participación en el órgano social

a) asamblea (órgano supremo), se reúnen a los propietarios y se dan las reglas de la sociedad.

b) órgano de administración en la sociedad de personas, esta integrada por los socios; en la sociedad de capitales no es obligatorio, pueden integrarlos los accionistas, o no.

2.- Exigir a la sociedad que le provea de información necesaria para poder asistir a las asambleas que se convoquen. en la sociedad anónima se le conoce con el nombre de información financiera, la cual debe informársele al socio 15 días antes de la celebración de la Asamblea.

Existen 3 títulos de crédito distintos que representen la parte proporcional de derecho de los socios en la sociedad:

a) Acción — la emite la Sociedad Anónima.

b) Partes sociales — emitida por una Sociedad de Responsabilidad ilimitada, se distingue de la acción, en que esta puede ser transmitida por endoso y la parte social solo si existe acuerdo de los socios para transmitirse o venderse.

c) Certificados de Aportación — emitidos por sociedad cooperativas.

7.- REQUISITO DE CREACIÓN DE UNA SOCIEDAD

La naturaleza jurídica es acto complejo, otros tratadistas, la llaman acto colectivo, al fin y al cabo se trata de un acuerdo de voluntad.

El código civil habla de sociedades, habla de contratos artículo 2688 cc — establece el contrato de sociedad, pero refiriéndose a sociedades civiles, desde el punto de vista del código civil, habla de contrato, a la constitución de una sociedad.

El artículo 2670cc — habla de un contrato expresamente el de asociaciones civiles.

La creación de una sociedad Mercantil requiere de un requisito de forma.

1.- Debe ser constituido ante un notario público; según la Ley de sociedades mercantiles, sólo debe de constituirse ante notario público artículo 5 LSM, que no contravenga la Ley.

(La Ley de correduría pública, establecía que podrían hacer constar la constitución de una sociedad mercantil) reforma de 1992,

Este artículo elimina el capítulo de homologación judicial de una sociedad mercantil, se llamaba Registro de la Sociedad Mercantil artículo 260 y

270, los cuales contenían un procedimiento judicial como requisito para la sociedad se inscribiera en el Registro Público de la Propiedad. Los reformadores de esta ley, al eliminar esta revisión judicial, le otorgan esta revisión específica al notario.

8.- REQUISITO DEL ACTA NOTARIAL CUANDO SE COSTITUYE UNA SOCIEDAD MERCANTIL

Artículo 6 LSM. La escritura constitutiva contiene:

Fracción I. Nombre, Nacionalidad, domicilio de las personas físicas y morales que la constituyen.

El notario debe investigar la nacionalidad para saber si se requiere o no del permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para que los extranjeros sean admitidos en una sociedad.

Los extranjeros pueden constituir una empresa Mexicana, pero limitándose a lo establecido en la ley de inversionistas extranjeras, y así saber la limitación de participación en la sociedad que se está constituyendo.

El artículo 174 LSM establece que los esposos necesitan autorización judicial para contratar entre sí, pero en una sociedad no van a contratar, ya que es un acuerdo de voluntades, derogado y por lo tanto los esposos sí pueden ser socios de una sociedad.

Las cláusulas del artículo 6 se dividen en tres:

f I.- Claúsulas Esenciales fracción II a la VII son aquellas que necesariamente deben estar contenidas en la escritura respectiva del estatuto social y son:

f II.- Objeto Social marco referencial de la actuación y limitación de administradores y factores para poder actuar incluso

sin facultades expresas.

f III.- Razón Social Los socios se obligan con su patrimonio particular al pago de los adeudos de la sociedad esta se exige cuando la sociedad es en nombre colectivo y se integra con el nombre y apellido de los socios que van a responder ilimitadamente.

Denominación Social Se forma con el nombre que libremente los socios quieran darle, se da la sociedad de capital, los socios responden solo por sus aportaciones iniciales su única limitación es que la Secretaria de Relaciones Exteriores haya estado de acuerdo en el nombre que se elija.

F IV.- La Sociedad debe de tener una duración. La ley de SM, no establece un término para la sociedad, ni tampoco expresamente permite que las sociedades tengan una duración indefinida. En algunas leyes, ley de instituciones de crédito, se puede pactar su duración, ya sea indefinida, no hay disposiciones en la ley de SM que permita o prohíba una duración indefinida.

TESIS. Una sociedad si no tenía un plazo definido, si no que pacto un plazo indefinido y quiso inscribirse en el Registro público de Comercio, el cual le negó la inscripción, la sociedad se fue al amparo y el tribunal le dio la razón al RPC.

La razón, es que los socios no pueden reclamar el reembolso de sus acciones hasta que esta se haya liquidado.

f V.- Importante del Capital Social, este se integra por las aportaciones iniciales de los socios que funden la sociedad.

Hay sociedad que se constituyen con los siglas cv (capital variable), en estas debe de señalarse cual es el importe de capital mínimo no sujeto a retiro.

f VI.- Como es la aportación de cada uno de los socios, si esta es en dinero, especie o crédito, y si se trata de bienes distintos al dinero, cuales fueron sus criterios de valoración.

f VII.- Domicilio de la Sociedad, Ciudad, Municipio en donde se establezca la sociedad, esto tiene importancia, para el registro fiscal, jurisdicción de tribunales, celebración de asamblea, las cuales deben de ser convocadas y celebradas en el domicilio social.

2.- Claúsulas Naturales.- Su emisión puede ser suplida por disposiciones contenidas en la ley.

f VIII.- La manera conforme a la cual haya de Administrarse la sociedad, y las facultades de los Administradores. Estas facultades pueden emitirse y la ley establece facultades de los órganos de administración, lo que si hay que establecer es si ha un administrador o es colegiado.

f IX.- Nombramiento de administradores y la designación de los que han de llevar la firma social. Los autores no se han puesto de acuerdo ya que se puede hablar de factoras y apoderados, se puede establecer que es error del legislador ya que tendra que ser más claro para saber si estaba haciendo una repetición de quienes integran el órgano de Administración o creaban gentes que pueden obligar a la sociedad, nadie aclara lo que es la firma social.

f X.- Manera de hacer la distribución de utilidades y perdidas entre los miembros de una sociedad. Art. 16 LSM (socios industriales y capitales).

f XI.- Importe de fondo de reserva. Puede ser suplido ya que la ley establece la reserva legal.

f XII.- Casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente. Relativa a la duración, los socios pueden establecer libremente las causas de disolución, es algo excepcional, la ley establece solo dos causas:

Un menor número de socios que los establecidos en la ley y por disminución de capital.

f XIII.- Bases para practicar la liquidación de la sociedad, Como se nombran los liquidadores y como se va a llevar a cabo la liquidación.

Art. 6 último párrafo, establece “todos los requisitos y reglas de organización y funcionamiento constituyen los estatutos de la sociedad”.

3.- Clausulas Occidentales.- Aquellas que los socios establecen libremente por alguna situación especial de la misma sociedad.

También dentro de estas cláusulas, algunos autores consideran que deben estar incluidos el permiso de relaciones exteriores. El art. 15 de la ley de inversiones extranjera, establece una diferencia, ya que deberá insertarse el permiso dentro de estas cláusulas.

El permiso de la Secretaria de Relaciones Exteriores Para la constitución, cláusula de extranjería, 1 Clausula de exclusión de extranjeros.- aquí se entiende como una limitación de la sociedad para poder admitir como socio de los mismos a extranjeros, esto es una autolimitación que a la sociedad le conviene, porque le permite un régimen para adquirir inmuebles de mucho más amplitud que una sociedad de admisión de extranjeros.

2.- Clausula de admisión de Extranjeros.- Aquí tiene que insertarse el convenio que la fracc. 1ra. del art. 27 constitucional, este convenio es conocido con el nombre de clausula calvo, para que un extranjero forme parte de una sociedad, en este convenio los socios extranjeros se comprometen a no invocar la ley de su país, por cualquier controversia que se sucite en la sociedad, con el riesgo de perder su participación accionaria a beneficio de la nación Mexicana.

El art. 16 de la Ley de inversiones extranjera establece la obligación de

Acudir a la SRE solo a modificaciones de razón o denominación social, o cuando haya de haber un cambio en en la clausula de extranjería.

3.-Inscribirlo en el Registro Público de Comercio.

4.- Cuando hay extranjeros, en el Registro Nacional de Inversión Extranjera. En caso de sociedades financieras, deben de contener una aprobación por la SHCP de los estatutos, antes de inscribirse en el RPC si una sociedad no se inscribe a los 15 días a partir de su fecha de constitución, los socios pueden demandar su inscripción, esto lo establece el art. 7 LSM.

Si se cumple con las fracc. I al VII del art. 6 LSM y no se ha tirado escritura pública, los socios tienen la facultad de demandar que se cumpla la formalidad ante notario, por la vía sumaria(en materia civil es la Acción proforma). Una vez tirada la escritura pública se necesita escribirse, los socios también tienen la acción en vía sumaria para demandar que inscriben la sociedad.

Los que operen la sociedad tienen el riesgo de que adquieran una obligación ilimitada por las operaciones que hayan llevado a cabo antes de la inscripción.

Art. 5 LSM.- Las reformas a la escritura constitutiva, requieren de escritura pública, ante notario, incluso inscribirse.

9.- RESPONSABILIDAD PENAL

El artículo II del código penal establece que el juez podrá decretar en la sentencia, la disolución de lasociedad, pueden suceder dos cosas, que se vaya contra el administrador y se pida la disolución de la sociedad.

10. SOCIEDAD ANÓNIMA

ANTECEDENTES.

Se dieron para las grandes compañías que se establecieron para el descubrimiento y colonización. Para lo que no estaba descubierto y colonizado.

La primera se llamaba la “compañía Holandesa de las Indias Orientales” del año de 1602.

En México se constituye la “compañía de seguros Marítimos” en 1789 que más tarde en 1802, se llama “compañía de seguros marítimos de la Nueva España”, esta se constituye con capital de \$400 emite 80 acciones y se establece la regla de que los socios solo son responsables hasta por el monto de sus aportaciones; al igual que sus acciones pueden ser transmisibles.

En el México independiente se crea la línea férrea del “Istmo de Tehuantepec” más adelante el código de Cares 1854-55, contenía el artículo 10, en donde ya se mencionaba a la S.A. ¹⁵

En el código Federal de 1884, se le concede mayor importancia a la S.A sin embargo tiene una vida muy efímera.

En Abril de 1888 se establece la primera ley de sociedades, esta ley tiene una vida muy efímera, ya que surge el Código de comercio del primero de Enero de 1890, en donde aparece un capítulo de Sociedades Mercantiles, y hasta 1931 aparece la ley de Sociedades Mercantiles, donde se regula la Sociedad Anónima.

Cerca del 98% de las Sociedades Mercantiles son S.A. y más del 99% sobre Capital Invertidos, es la Sociedad Mexicana por excelencia.

La S.A. se constituye cuando se va a emprender un gran proyecto en donde se requiere tomar capital del público con el objeto de poder contar con los recursos necesarios de ahí viene la palabra Anónima.

15.- S.A: Apartir de ahora, sociedad Anónima.

Es una sociedad lo que importa es la aportación de capitales y mantener anónimos a los socios que lo integran.

· Históricamente la S.A. ha navegado entre 2 sentidos de reglas: Desde un punto de vista liberal, donde no hay reglas

* Hasta un sistema de autorización, en donde sólo existen las sociedades que hayan sido propiamente autorizadas; este es el sistema del código de Napoleón y se conoció con el nombre de **OCTROI** que era el nombre de la autorización.

En México se sigue un sistema ecléctico, que consiste en que no es una autorización lo que la S.A. requiere para constituirse, pero si necesita un acto de autoridad para que pueda funcionar validamente; antes de la modificación de 1992 las S.A. se tiraban ante un Notario Publico, en escritura pública y para que el notario pudiera inscribir tenia que acudir ante la autoridad jurisdiccional, donde el juez revisaba que estuvieran cubiertos los extremos de la ley y dictaba una sentencia declarativa para que el registro público procediera a la inscripción, este era el ejercicio de homologación judicial, ahora el notario es el que tiene la obligación de revisar.

11.- CARACTERÍSTICAS DE SOCIEDAD ANONIMA

1.- Operan bajo una denominación social, su nombre lo integran libremente, y el nombre debe ir acompañado de las palabras S.A. En el código de 1890 se exigía a las S.A. que en la denominación social, se expresara alguna palabra relativa al objeto de la sociedad, o sea la denominación no era libre, esto se realizaba para facilitar al público en general saber con quien se contrataba, debía de haber una referencia ahora su única limitación es que sea aprobada la denominación por la Secretaría de Relaciones Exteriores, esta característica deriva de la misma LSM, que establece que la denominación se formara libremente, pero será distinto a cualquier sociedad.

2.- Opera bajo una limitación de responsabilidad de los socios, esta es la característica fundamental, para considerarla como una sociedad de capitales, hace su aportación y ahí termina su responsabilidad. El acreedor no podrá ir contra el patrimonio del socio en caso de que la sociedad fracase.

3.- Los derechos de los socios se encuentran incorporados a un título de crédito llamado acción, y como título de crédito estas acciones tienen circulación libre, característica fundamental, hay acciones de circulación restringida, excepción a la regla, también cuando las partes establecen una limitación.

4.- Los requisitos para su constitución: a) número de socios de acuerdo con la Ley, se requieren de dos (antes de la modificación de 1992, a la Ley se requieran 5). Los autores de la L.S.M en la exposición de motivos, expresarán que el número de 5, no era totalmente arbitrario, si no que era necesario para integrar los órganos sociales. En realidad esto es innecesario, ya que los órganos de Administración no deben de estar integrados por los accionistas, y por recomendación el órgano de administración debe ser distinto a la asamblea de socios.

La razón de que fueran dos socios es muy discutida por los autores de la reforma de 1992, ya que discutían que hubiera S.A integradas por un sólo miembro, lo que en teoría se conoce con el nombre de unipersonal, unimembre o heterapenica, que quiere decir integrado por un solo socio. La razón por la que existen dos, es que no se podría llamar sociedad de una gente, cuando se crea una sociedad se hace con la intención de crear un ente diferente, a las personas que la integran ya que les interesa dotarlo de personalidad jurídica y patrimonio propio para actuar.

b) El capital mínimo es de \$ 50,000 pesos, antes de la reforma de 1992 se necesitaba de \$25,000 pesos, en opinión es necesario que se tuviera algunas fórmulas para ir actualizando, ya que si no este se volverá obsoleto con la inflación.

c) El capital debe de estar íntimamente suscrito, los socios deben de suscribir el 100% del capital y por lo menos el 20% exhibido, en efectivo, crédito, o especie, se exhibe a la caja . art. 89 L.S.M.

5.- Constitución. La ley señala dos procedimientos a seguir.

a) El primero es un “procedimiento simultaneo”, este se sigue en el 99% de los casos, y es el que se lleva a cabo ante notario público, es simultaneo por que en el mismo procedimiento en que se formaliza ante notario queda constituida sociedad.

b) Procedimientos sucesivos, consiste en ir haciendo sucesivamente varios actos que se requieran porque los autores de constituir una S.A. hacían una invitación al público en general, para que se incorporaran a la sociedad que estaba en formación. Se hacían unos estatutos que se depositaban en el registro publico de la propiedad, y se emitía una invitación general al público para unirse a la sociedad, y los interesados realizaban depósitos de las acciones que querían comprar en alguna institución de crédito y luego hacían una asamblea constitutiva, a partir de ahí funcionaba la sociedad; actualmente esta en desuso, ya que se encontro un sistema americano de nombre “Under writing”, contrato de colocación el cual consiste en que hay un interesado en formar una sociedad y hay otro que hace la colocación obligandose a conseguir quien compre las acciones que se están emitiendo.

Normalmente es un banco, puede suscribirse el 100% de lo que se le entrega o se contrata obligandose a realizar su mejor esfuerzo.

La formación simultanea, requiere que el notario cumpla con el art. 61 LSM y también tiene obligación de cumplir con el art. 91 LSM que establecen .

1.- Las partes exhibidad (pagadas) del capital social.

2.- El número, valor nominal, y naturaleza de las acciones en que se divide el capital social pudiendo establecer sociedades anónimas cuyas acciones sean sin valor nominal, la relación del valor nominal y el capital social; en principio las acciones son de importancia histórica, y el valor nominal y el del capital social son el mismo, pero una vez constituida ya no importará el valor nominal de las acciones ya que la acción valdrá de acuerdo al capital contable y no lo que está diga.

3.- Forma y término de pago de la parte insoluta, la parte que suscribieron art. 91 fracc. III.

4.- Participación en las utilidades de los fundadores, cuando en la sociedad se haya emitido, lo que se conoce como "Bonos de Fundador"; es un derecho que se reserva el fundador para recibir una participación del 10% anual de utilidades, siempre y cuando se cumplan tres condiciones art. 91 fracc. IV.

a) Que se establezca en los estatutos.

b) Que a los demás accionistas les corresponda por lo menos el 15% de utilidad.

c) Que no se extienda por más de 10 años.

5.- Nombramiento de los comisionarios art. 91 fracc. V.

6.- Facultades de la Asamblea y el Derecho de veto art. 91 fracc. VI

7.- Modificaciones de los estatutos. Los autores discuten si las sociedades libre de modificar sus estatutos o tienen alguna limitación en la modificación estatuario.

Por ejemplo no se podría pactarse el pago de no dividendos, se aplica la tesis del código civil, que establece que "el cumplimiento del contrato no quedara al arbitrio de alguna de las partes".

Requisitos para modificar los Estatutos:

a) Celebrarse una asamblea extraordinaria 228 bis fracc. VIII LSM derecho de retiro por escisión.

b) Cuando la modificación estatutaria se haya de referir al cambio de:

- objeto art. 210 LSM

- Nacionalidad

- Transformación y escisión 228 bis fracc. VII LSM.

Aquel que haya asistido a la asamblea, haya votado en contra y que los exija a los 15 días siguientes a la clausura de la asamblea, tendrá derecho a retirarse, en este caso la sociedad le paga sus acciones, o sea que le adelante su cuota de reembolso, se paga su valor en libros que quiere decir capital contable, aunque la sociedad puede tener la facultad de de retener lo que le corresponda, si tiene obligaciones pendientes.

c) Aumento de capital; también en asamblea extraordinaria porque hay modificación de estatutos. Este aumento se da de dos maneras:

1.- Aportaciones nuevas de los socios,

2.- Capitalización de utilidades o reservas; se dan mas acciones a los socios.

Para el caso de disminución de capital, se necesita:

1.- Asamblea extraordinaria

2.- Publicado 3 veces con 10 días de diferencia.

3.- Que los acreedores acepten si los créditos son pagados, garantizados y si el que se oponga obtiene una sentencia en contra.

En el aumento de capital se tiene que respetar el derecho de preferencia para evitar la dilución del socio, pero hay una excepción en la ley del

Mercado de valores, cuando haya una venta pública de acciones tiene que haber los siguientes requisitos:

- 1.- Que lo autorize la comisión nacional de valores.
- 2.- Se lleve a asamblea extraordinaria.
- 3.- Que en la convocatoria se avise que hay una oferta pública.
- 4.- Que esta oferta este prevista en los estatutos.
- 5.- Que no haya habido una oposición mayor al 25%.

Los socios que no entren a la oferta pública pueden quedar diluidos.

12.- ACCIÓN.

Documento necesario para el ejercicio de los derechos del socio, es un título de crédito por lo tanto se le aplican 2 leyes, LSM y LTOC.

La acción como título de crédito puede circular con absoluta libertad.

Sólo hay acciones nominativas, cuya transmisión es por endoso, la firma de quien transmite el título con la expresión de a quien se lo transmite, fecha y el algunos casos lugar.

Para que la transmisión surta efectos jurídicos plenos, tiene que anotar la transmisión en un libro especial de sociedades que toda sociedad debe llevar, es tan importante esto que la sociedad considera socio a la persona que este anotado en su libro y por lo tanto será el que tenga derecho a ejercer los derechos de la sociedad, 129 LSM.

El registro contendrá:

- 1.- Nombre.
- 2.- Nacionalidad.
- 3.- Indicación de las acciones que le pertenezcan.

La ley dice que cuando se transmita una acción de manera distinta al endoso debe de anotarse en el mismo documento, ejemplo: la herencia, un embargo. Esto rige acciones que no estén cotizadas en bolsa, porque las que están cotizado en bolsa, están depositadas en el INDEVAL por medio de un MACROTITULO y ahí se harán todas las anotaciones correspondientes de las acciones.

Existen acciones de circulación restringida, que aparte de la entrega de la acción, endoso y anotación en el libro de sociedades, requiere que el consejo de administración o administrador único, de su consentimiento a la circulación, el consejo deberá señalar el precio corriente de mercado de la acción.

La ley permite a la sociedad el plazo de un año para emitir el título, mientras tanto lo que se emite son los llamados certificados provisionales. Actualmente es un artículo obsoleto. 124 LSM.

El art. 125 LSM establece los datos de la acción:

fracc. I.- Nombre, nacionalidad, domicilio de los accionistas.

fracc. II.- Características fundamentales de la sociedad.

fracc. III.- Fecha de inscripción de la sociedad en el RPC.

fracc. IV.- Importe del capital social, número total de acciones, valor nominal, se pueden emitir acciones sin valor nominal. En E.U. se conocen con el nombre de "No Fase Dalve Shames".

fracc. V.- Acción liberada = acción pagada al 100%.

fracc. VI.- Indicar que acción le corresponde a cada serie.

fracc. VII.- En caso de que sean acciones con voto limitado, tendrá que

Estar indicado en la acción.

fracc. VIII.- Firma autógrafa (puño y letra) de los administradores, estableciendo la excepción en el caso de la firma faccimilar (que es el sello con la firma, aquí la ley exige que el facsímil este depositado en el registro público).

12.1 PRINCIPIOS DE LAS ACCIONES.

- Principio de igualdad.- Todas las acciones confieren los mismos derechos y de igual valor. El art. 17 LSM establece una excepción.

- Principio de indivisibilidad.- El derecho de cada acción sólo será ejercido por una persona (esto es por que puede haber varios Titulares de una acción, en este caso se rige por las normas de la copropiedad de forma suplementaria por el CC “nadie esta obligado a permanecer en copropiedad”. el art. 122 LSM establece que los copropietarios tendrán que nombrar a un representante común, en caso de no ponerse de acuerdo lo nombrara el juez también el art. 122 LSM establece otras situaciones civiles, por ejemplo, el desmembramiento del derecho de la acción da como nacimientos al usufructo (usufructuario, nudo propietario) también puede darse el caso de un contrato de garantía, la prenda se constituye con la entrega física del título, las acciones deben de endosarse y además se acude al libro de socios. El problema aquí es quien ejerce el derecho, el acreedor prendario o el propietario, los autores no se ponen de acuerdo (el acreedor prendario no podra utilizar el bien, pero en el caso de que el bien produzca frutos, algunos autores dicen que no es tan estricto el ejercicio del derecho, ya que hay bienes que por su naturaleza no pueden ser utilizados.

Los autores que piensan en contrario, dicen que en el caso de la acción, el propietario tiene los derechos patrimoniales y corporativos, pero todavía no hay reglas) (esto se resuelta ven con un fideicomiso).

12.2 TIPOS DE ACCIONES.

1.- Acciones de aporte.- La aportación del socio en bienes distintos al numerario art. 141 LSM.

2.- Acciones que tienen un interés constructivo.- (parecido a los bonos de fundador), se dan para garantizarle un interés a un socio independientemente de que haya o no utilidades art. 123 LSM. El interés no podrá ser mayor del 9% del valor de la acción, ni mayor a 3 años, y su importe se carga a gastos generales.

3.- Acciones de voto limitado.- Acciones en la que se dividió el derecho patrimonial del derecho corporativo, dando más derechos patrimoniales y menos derechos corporativos art. 113 y 182 fracc. I,II,III,XVIII, se da de más un derecho preferente a las utilidades del 5% anual que puede ser además acumulativo; se tiene de menos que no asisten a las asambleas salvo en alguno estos casos:

- a) Prorroga de la sociedad.
- b) Disolución por anticipado.
- c) Cambio de objeto.
- d) Cambio de nacionalidad.
- e) Transformación.
- f) Fusión.

Este 5% es preferente y acumulativo, en el caso de no haberlo limitado, en las cuotas de reembolso primero se pagan a las acciones de voto limitado y después a las otras.

4.- Acciones pagadoras o acciones liberadas.- Han sido suscritas pero que no han sido pagadas totalmente, si no que se esta en un proceso de integración de pago. También se integro, decretandose unas dispensas de las cantidades que debe pagar, la aportación se toma de las utilidades de la sociedad. en el segundo caso; el importe ya ha sido cubierto al 100% art.

116 LSM, art. 117 LSM, los dividendos se pagaran en función al pago que hubiera habido sobre la acción, en el caso de acciones pagaderas.

Art. 118 LSM, la sociedad que no ha cubierto la parte correspondiente de la acción.

5.- Bonos de fundador.

6.- Acciones de trabajo.- Caso de ir haciendo accionistas a los trabajadores art. 114 LSM, régimen especial tienen que emitirse por voluntad de los socios.

7.- Acciones de goce, acciones amortizadas.- Cuando la sociedad anticipada la cuota de reembolso de acciones, pero no las cancela si no que estas acciones tendrán derechos a seguir cobrando una parte de los derechos patrimoniales referente a las utilidades. Esta forma obedece cuando la sociedad va a comprar sus propias acciones.

Art. 136 fracc. IV LSM.- Se cancelan las ordinarias y se emiten las acciones .

Art. 182 fracc. IV LSM.- Se debe establecer en Asamblea extraordinaria.

8.- Obligatoriales.- Emisión de un titulo de crédito, que acredita una parte de crédito colectivo, la sociedad requiere de recursos y no quiere acudir a financiamiento y por lo tanto emite obligaciones, (también puede ser sujeto a un contrato de colocación).

13 ORGANOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

Asambleas - órgano supremo de la sociedad, no es un órgano ejecutor si no deliberante, ya que el órgano de administración es el que actúa de acuerdo a lo establecido en la asamblea.

Si la asamblea quiera actuar directamente, nombra a un ejecutor o

Delegado, como el caso de protocolización del acta de asamblea (La asamblea puede ratificar lo hecho por el órgano de administración, son acuerdos tomados fuera de asamblea, sin convocatoria y sin reunión de la sociedad).

13.1 CLASES DE ASAMBLEA.

1.- Ordinarias.- Son asambleas generales; art. 180 LSM, son asambleas ordinarias, las que se reúnen para tratar cualquier asunto que no sean las del art. 182 LSM. Por regla general todas las asambleas son ordinarias, las extraordinarias, serán las que traten asuntos señalado un QUORUM ESPECIAL.

Las asambleas ordinarias se reunirán por lo menos una vez al año y tendrá que celebrarse dentro de los 4 meses siguientes al cierre del ejercicio art. 181 LSM. La asamblea ordinaria deberá referirse a :

I. Informe del órgano de administración, después de conocer el informe de el comisario.

II. Nombramiento del órgano de administración y del comisario, en caso de que no hayan sido nombrados.

III. Establecer lo que se le va a pagar a los órganos de administración, si no se fijan en los estatutos, (normalmente lo asigna la asamblea). Puede tratar otro asunto con la salvedad de que venga en el orden del día.

El art. 172 LSM., establece cual es la información financiera que el órgano de administración debe hacer del conocimiento de todos los socios poniendolo a disposición de estos 15 días antes de la celebración de la asamblea ordinaria, y así se tengan los elementos que permitan aprobar o no el informe de los administradores.

Esta información se relaciona a 5 puntos:

- 1.- Informe sobre la situación de la sociedad, agregando políticas y proyectos.
- 2.- Políticas y criterios contables.
- 3.- Situación financiera al cierre.
- 4.- Resultado patrimonial.
- 5.- Cambios en la situación financiera de la sociedad durante el ejercicio social.

Estos informes lo deberán tener los administradores por lo menos 15 días antes.

En caso de no realizarse el socio puede pedir la remisión del administrador art. 176 LSM.

2. ASAMBLEA EXTRAORDINARIA. - Art. 182 LSM, esta se encarga.

- 1.- Modificación del pacto social, fracc. I, III, IV, V (prorroga de la duración de las sociedades; aumento o reducción de capital, V cambio del objeto V cambio de nacionalidad).
- 2.- Disolución anticipada. fracc. II.
- 3.- Transformación de la sociedad fracc. VI, no es sinónimo de modificación al pacto social, si no de cambiarla a otro tipo de sociedad.
- 4.- Fusión VII.

5.- Emisión de acciones privilegiadas, fracc.VIII, entendemos aquí acciones de goce, ya que la ley no lo aclara.

6.- Amortización de acciones y emisión de acciones de goce fracc. IX.

7.- Emisión de bonos - bonos de fundador, ya que aquí tampoco la ley es muy clara.

8.- Las demás resoluciones que requieran un quórum especial.

La asamblea se reúne en el domicilio social, cuando se celebra una asamblea debe señalarse un lugar específico de reunión, la hora de celebración, sin este requisito la asamblea es nula, salvo caso fortuito o fuerza mayor art. 179 LSM.

El art. 178 2o. párrafo.- establece que fuera de asamblea, si se hace una reunión de socios, con la presencia de todos y una ratificación unánime de los acuerdos, sera valida siempre que este establecida en los estatutos y se confirme por escrito.

13.2 CONVOCATORIA DE LA ASAMBLEA.

1.- El órgano de administración.

2.- El órgano de vigilancia art. 166 fracc. VI LSM , convocar a asamblea ordinaria y extraordinaria a los accionistas, cuando no lo haga el órgano administración o cuando lo juzgue conveniente.

3.- Accionista, más del 33% de estos, menos del 33% de estos, e incluso un sólo accionista puede hacerlo, en los siguientes casos. art. 184 LSM.

a) cuando no haya habido asamblea durante los 2 años anteriores.

b) cuando no se haya revisado el informe de los administradores en los términos del art. 172 de LSM
o no se haya designado los órganos de administración y vigilancia.

c) cuando falten todos los comisarios.

En este caso, los accionistas acuden al juez para que este haga la convocatoria.

CONTENIDO Y PUBLICIDAD DE LAS ASAMBLEAS.

- Convocatoria en el periódico oficial o en el periódico de mayor circulación, debe de contener la orden del día , todos los asuntos que se vayan a tratar, y no puede contener que trate de asuntos varios.
- Deberá de ser con 15 días de anticipación de la fecha señalado, el día de publicación y de celebración no cuenta.
- Se puede fijar otro plazo porque la ley así lo permite, el plazo podrá ser mayor a 15 días pero nunca menor, debido a que los socios puedan ir a la sociedad y tener a su disposición la información financiera.
- Se debe establecer el lugar preciso.
- La hora de la celebración

QUORUM- (el número de asistentes que se requiere para que la asamblea sea valida). Se tiene que distinguir entre desiciones; asamblea ordinaria, extraordinaria y especial y además si es primera o segunda convocatoria.

-En asamblea ordinaria primera convocatoria, por lo menos debe asistir la mitad de los socios y las decisiones se teman por mayoría art. 189 LSM, en el caso de segunda convocatoria, cualquiera que sea el número de socios presente y las decisiones se toman de acuerdo a su número de asistentes.

- En extraordinaria, la primera convocatoria deberan asistir el 75% de los accionistas y en la segunda la mitad de capital social, en ambos casos las decisiones deben tomarse por la mayoría simple (50% +1).

Las decisiones se toman por mayoría de votos, sobre el quórum salvo en las extraordinarias que deben tomarse de acuerdo con el 50% + 1, siempre sobre el capital.

ASAMBLEA TOTALITARIA

Representada por el 100%.

Características:

- 1.- No es necesario que haya convocatoria
- 2.- No es necesario que haya asamblea, si no que llega a un acuerdo y se pasa a firmar al 100% de los accionistas. art. 188, 178 y 186 de la LSM.

Aquí deben de estar presente todos los accionistas y se toman las decisiones por mayoría de votos, a diferencia de asambleas sin convocatoria, en donde deben de estar presente todos los socios y todos deben de estar de acuerdo en la toma de decisiones.

Tarjeta de Admisión - Tiene que haber un depósito previo de las acciones en las mismas oficinas de la sociedad, en un bancoo constancia del INDEVAL, previo a las asambleas, para recibir el pase de admisión a la asamblea (por economía de tiempo esto se realiza en el momento en que se celebra la asamblea).

Asistencia - Personal, aunque la ley permite que el socio este representado por mandato, no puede ser representado ni por los consejeros, ni administradores, ni comisarios art. 192 LSM

Sólo pueden concurrir los accionistas, los administradores, comisarios y secretarios y si hay obligaciones emitidas el representante de los obligacionistas.

Es presidida por el presidente de el consejo de administración y el secretario esto si no dicen nada los estatutos 217 fracc. XI LTOC.

El presidente nombra a los escrutadores, que son accionistas, y hacen el recuento de las acciones representadas, después de esto el presidente establece que la asamblea es legal e instalada y por lo tanto las decisiones serán validas incluso para los accionistas disidentes y ausentes.

Ejercicio del Voto - Todas las acciones tienen el mismo derecho de voto, salvo las acciones de voto limitado, los accionistas que tengan un interés opuesto no pueden ejercer su derecho de voto.

El órgano de administración y los comisarios, no votan cuando este realizandose la revisión de su informe, en caso de incumplimiento hay nulidad del acuerdo y el pago de daños y perjuicios.

Un acuerdo para su votación podrá ser aplazada por el 33% de los accionistas, por no estar bien informados, por 3 días este aplazamiento solo podrá hacerse una vez art. 199 LSM, sin necesidad de convocatoria, aunque esto es una apreciación muy subjetiva y la ley no establece ninguna obligación de informarla.

Los acuerdos son validos y obligatorias para los ausentes y disidentes y existen un derecho a retirarse de la asamblea en caso de oposición .

Acta de Asamblea - En cada asamblea deberá levantarse un acta que contenga lo sucedido en la misma, contará con la certificación de los escrutadores en donde se acredite que hubo quórum para la validez, debe agregarse al apéndice de la convocatoria y la certificación, los que se hayan presentado, tiene que levantarse al final de la asamblea y será firmada por

El presidente de la Asamblea, el secretario y escrutadores.

En las asambleas ordinarias, el acta se protocoliza, cuando no pueda ser acentada en libros y en las extraordinarias siempre se debe de protocolizar por obligación de la ley art. 194 LSM.

Registro de actas - La obligación deriva, de las obligaciones del comerciante establecidas en el art. 21 del código de comercio (inscribir en la hoja del comerciante, ejemplo los poderes que otorga el comerciante).

En asamblea extraordinaria por ley se protocoliza y por lo tanto tiene que inscribirse forzosamente, sólo hay una excepción, cuando se refiere a no modificar estatutos en los casos en que la sociedad requiera un quórum especial y así lo haya establecido la sociedad.

Nulidad de Asamblea

- 1.- Art. 179 LSM no se reúna en el domicilio social art. 179 LSM:
- 2.- Cuando la convocatoria no se hace en los términos de ley art. 188 y 186 LSM.
- 3.- Cuando no haya el Quórum respectivo en las asambleas art. 189 LSM:

Nulidad de Acuerdos

- 1.- Las decisiones no sean tomados con la características de la Ley.
- 2.- Cuando los administradores o comisarios votan, y la Ley se los prohíbe art. 197 2do. párrafo.

La ley señala que el 33% de los accionistas son el que tienen derecho a oponerse a los acuerdos de la asamblea, en este caso deben presentar una demanda dentro de los 15 días siguientes a la clausura de la asamblea, tienen que comprobar que votaron en contra o que no asistieron tienen a que señalar la cláusula estatutaria o el precepto legal violado art. 200 LSM (son obligatorios para ausente y disidentes salvo derecho de oposición). art. 201

Si a la sociedad le urge mucho la ejecución puede suspenderse si se otorga fianza.

Las acciones deben depositarse en un banco o entregarse a un notario art. 202 LSM , 203 LSM (tiene efecto frente a todos los socios, es un derecho a las minorías) y 205.

La detención de las acciones es para sacarlas del comercio y así no podrán venderse, la duración será hasta la terminación del procedimiento.

La ley establece que sólo el 33% tiene derecho a oponerse, pero desde nuestro punto de vista si existe una legalidad en el proceso, cualquier accionista puede oponerse a la validez del acuerdo.

Asambleas Especiales.

Se da donde existen series distintas de acciones y el acuerdo mayoritario puede afectar sus derechos.

Tipos de series: A, B, C, L. (se reúnen en los certificados de participación ordinaria).

Lo único que deben acreditar, es que en cada serie deben estar representada el 75% del Quórum, por lo que las asambleas especiales tienen la misma característica que las extraordinarias y para las decisiones tienen que estar representados por el 50% + 1 de las series art. 195 LSM.

Las acciones de voto limitado tampoco intervienen en las asambleas especiales, ya que tienen limitado su derecho corporativo.

14 ORGANISMO DE ADMINISTRACION.

Es el órgano ejecutante de las decisiones, adoptadas por la asamblea, a esto lo nombra la asamblea ordinaria. La palabra órgano se debe distinguir de la palabra apoderado, (alguien a quien nombra el órgano). art. 142 y 157, la administración de la sociedad anónima estará a cargo de mandatarios,

Aquí confunde la palabra órgano por apoderados, por una mala traducción del código italiano, habla de mandato y luego se refiere a la ley y estatutos por lo tanto debería de decir que el órgano de administración tendrá las facultades que la ley le expresa.

(El órgano de administración tiene los poderes conferidos por ley menos el de dominio).

Se habla de órgano, no de apoderados aunque la ley confunde, el órgano de administración puede ser:

- 1.- Administrador único (1 sola persona).
- 2.- Consejo de administración (2 o más personas); si es consejo actúan colegiadamente, cuando hay más de 3 ¹⁶ administradores hay derechos de minorías art. 144 LSM.

Características

- 1.- Personal - no puede delegarse la función, no puede haber apoderados del órgano de administración; son facultades intuitu persona, pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad 142 y 147 LSM.
- 2.- Temporal - Necesita fijarse el tiempo de duración, pueden ser revocadas.
- 3.- Renumerados - Reciben una cantidad o emolumento por serlo, pero la asamblea podría determinar que no hubiera, fijar el emolumento, 181 LSM.
- 4.- Revocables - En cualquier momento la asamblea lo puede quitar.

Requisitos.

- 1.- Cualquier persona física no inhabilitado para ejercer comercio, los

16.- Cuando el consejo de Administración sean 3 o más personas, debe de señalarse el derecho de minorías que dice que por lo menos un consejero será señalado por la minoría que tiene el 25% y si la sociedad esta cotizada en la bolsa, cada 10% nombrara un consejero. pag. 87

Extranjeros tienen alguna limitación 151 LSM y algunas otras sociedades tienen algunas otros requisitos, establecidas en los estatutos.

2.- Deben de garantizar su puesto; (esta garantía que es la caución de los consejeros se ha convertido en algo que no vale, que consiste en que la cación de los consejeros es \$ 1000.00 una acción). En los proyectos de leyes, se obliga a caucionar con un porcentaje de capital; esta a llegado al grado que en la modificación del 192 dice solo cuando los estatutos o la asamblea la señale, se debe caucionar a los consejeros.

DERECHO DE MINORIAS

Permite en algunos casos que la minoría, menos del 50%, tenga algún derecho a reclamar.

1.- Derecho a nombrar consejeros, la ley establece que sea el 25% siempre y cuando el consejo este integrado por 3 o más miembros.

2.- Pedir nulidad de Asamblea, tiene que existir el 33% del capital

3.- Tiene el derecho de aplazar la votación.

4.- Tiene el derecho de convocar Asamblea.

5.- Tiene el derecho de convocar asamblea un solo socio, cuando no sea convocado asamblea en 2 años.

TESIS DOCTRINARIAS QUE EXISTEN RESPECTO A LA FACULTADES DEL ORGANO DE ADMINISTRACION

1.- TESIS ORGANISTA. Seguida en los principales países .Europeos. El órgano de Administración, tiene todas las facultades inherentes para cumplir su objetivo social, esto quiere decir que no sería necesario un otorgamiento específico de facultades, pero que el órgano pueda

Desempeñarlo (por el simple echo de su nombramiento tendría todas las facultades de representación y administración) No quiere que haya un apoderamiento especial para actuar, aunque si se pueda limitar sus facultades.

2.- TESIS ULTRAVIRES. (mas allá). A esta se opone la tesis Inglesa para que un órgano de administración o un apoderado o quien vaya a representar a la sociedad, puede interactuar ante un tercero, necesitó forzosamente haber sido apoderado específicamente por la Asamblea.

Si el órgano de Administración excede las facultades otorgadas ese acto es nulo, llegando al extremo de que ni siquiera pueda ser ratificado por la asamblea. Esta tesis nace como jurisprudencia Inglesa (costumbre).

Esta tesis ya ha dejado de ser tan estricta y por lo pronto ya acepta la ratificación, por parte de la asamblea y lo mas seguro es que haya un cambio importante e incluso desaparecer esta tesis.

Nuestro código siguió la tesis Alemana, al igual que el Código Civil, ya que los factores tienen todas las facultades inherentes al comercio. El art. 315 cc El factor obliga al principal aunque se exceda en sus funciones, siempre que recaiga sobre su objeto.

Los artículos 142 y 157 de la LSM dice que el órgano de Administración puede actuar con uno o varios mandatarios, en este caso sigue la tesis ultravires, esto ha provocado que la jurisprudencia mexicana haya dado tumbos por que durante mucho tiempo ha fallado por la tesis ultravires, tesis muy vieja. Aunque últimamente, ha fallado de acuerdo a la tesis organista, y se fundamenta en el artículo 146 LSM, cuando explica al órgano secundario.

Los órganos de Administración pueden delegar sus facultades de 2 formas:
1.- Organismo de Administración secundario, que esta integrado por gerentes, que provienen del órgano de Administración primario.

2.- Creando apoderados.

El artículo 146 de la LSM establece las facultades del órgano secundario, señalando que tiene las facultades que expresamente se le confieren, Tesis Ultravires, no necesitan de la autorización del órgano de Administración o Administración único, para los actos que ejecute y gozara de las mas amplias facultades de representación y ejecución, (pleitos y cobranzas, actos Administración, suscribir títulos de crédito).

El art. 85 de LTOC establece que las administradores o gerentes, se reputan autorizados para suscribir letras de cambio por el hecho de su nombramiento.

El artículo 146 LSM confirma que la tesis mexicana es organista. De el órgano de Administración primario no dice nada la ley, confunde, pero interpreta por el cc. que el órgano de Administración primario tiene inherentes sus facultades para poder cumplir con el objeto, y se entiende que tiene las mismas facultades que el órgano secundario.

El artículo 143 establece que las decisiones se toman por mayoría aquí se agrega la posibilidad de celebrar consejo, sin reunión de consejo, las resoluciones tomadas fuera del consejo, tienen que ser tomadas por unanimidad y se haga costancia por escrito.

El artículo 156 LSM, establece que el Administrador que tenga un interés opuesto, tendrá que expresarlo así y no formara partes de la deliberación, en caso contrario sera responsable de daños y perjuicios.

Artículo 157; 149 LSM. El órgano de Administración primario o el secundario podran nombrar apoderado.

Artículo 148 LSM. Ejecución de actas ya tomadas por una persona o por el presidente. (Ejemplo Protocolizar).

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Respònden ante la sociedad de su fiel desempeñò artículo. 157 LSM.

Es una responsabilidad solidaria;

1.- Con los demás Administradores: (Se le exime de responsabilidad si se opone y esta queda asentada)

- a) Verificar si se realizaron las aportaciones.
- b) Pago de dividendos en los tÈrminos de ley.
- c) Dar cumplimiento tomados por la Asamblea.

2.- Con los que levan a suceder.

La asamblea es quien exigen la responsabilidad a los administradores, tambiÈn el 33%, independientemente de lo que haya dicho la asamblea al respecto con los requisitos.

1.- En favor de la sociedad.

2.- El producto debe ingresar a la sociedad.

El administrador no podrÀ tomar nuevamente el cargo hasta que una autoridad lo absuelva de cargos.

En el momento en que se exige la responsabilidad se deje el puesto.

Revocaciòn.- Terminaciòn y entrega del puesto:

Terminaciòn - Cuando vence el plazo.

Revocaciòn - Por la asamblea.

Solo pueden remover a los administradores nombrados por minoria cuando remuevan tambiÈn a los demás (Quòrum - la mitad).

Entrega - obligación de quedarme en mi puesto hasta que llegue el nuevo administrador a tomar su cargo.

15. ORGANO DE VIGILANCIA.

En España se le conoce como órgano de fiscalización y en lugar de comisarios se llaman censores de cuenta.

Su función es vigilar el correcto desempeño de la sociedad, es temporal, la mayoría de veces es indefinido, revocable remunerada, art. 2549 C. Civil y 181 fracc. III LSM, por sueldo participación del negocio, mixta (participación y sueldo), de acuerdo a la costumbre del lugar.

Comisario - Aquel que la ley creo, para oponerse y enfrentar al órgano de administración, no son simples revisores.

Este cargo no es personal, puede ser por persona física o moral distinta, antes en la antigua ley LIC, se permitía a los fiduciarios.

Su nombramiento es por la asamblea, aunque hay excepciones:

- La minoría que representa el 25% puede nombrar un comisario, si son 3 o más.

El art. 171 LSM, establece que a los comisarios se le aplican las mismas disposiciones de los administradores, art. 144 y 168 LSM. El nombramiento que hace el juez es interino hasta que la asamblea lo hace definitiva (nombra).

Requisitos Para Ser Comisario.

Igual que los administradores.

- Que no este inhabilitado para ejercer el comercio.
- Puede ser accionista o extraño.

- Si es extranjero tiene limitaciones - calidad migratoria.

No pueden ser comisarios - art. 165 LSM.

- Los empleados de la sociedad.

- Los empleados de cualquier sociedad que sean accionistas de la primera en más del 25%.

Art. 165 LSM fracc. I cuando una sociedad tenga invertido el 50% del capital social en otras sociedades, los empleados de la sociedad donde se tiene invertido el 50% no podrán ser comisarios de la otra .

- Fracc. III.- Los parientes del administrador, o administración.

- Los auditores externos de la sociedad no deben ser comisarios aunque la asamblea puede decidir que lo sean.

- caución - art. 152 LSM (nugatorio, seda pero muy poco).

ATRIBUCIONES O FACULTADES DEL COMISARIO

Art. 166 LSM.

a) Vigilar ilimitadamente y en cualquier momento las operaciones de la sociedad.

b) Cerciorarse de la constitución y subsistencia de las garantías que deban otorgar administradores y gerentes.

c) Exigir a la administración una información mensual de la situación financiera de la empresa.

- .d) Examinar la operación, libros y papeles y evidencias comprobatorias.
- e) Rendir actualmente informe de la asamblea anual respecto a la información representada por los administradores, y el informe contendrá:
 - opinión sobre si las políticas y criterios contables son los apropiados.
 - si las políticas se han aplicado consistentemente.
 - si la información presentada es veraz y suficiente.
- f) Hacer que se inserten en la orden del día tanto de la asamblea como del órgano de administración los puntos que se crean pertinentes.
- g) Convocar a asambleas si no lo hacen los administradores además cuando los socios así lo pidan e inclusive cuando lo juzgue convenientemente.
- h) Facultad de asistir a consejo con voz pero no con voto.
- i) Asistir con voz pero sin voto a las asambleas.
- j) Designar provisionalmente a administradores si no hubiera quórum
- k) Actuar para examinar quejas o denuncias que le presenten los accionistas.

Responsabilidad de los comisarios.- Es de manera individual por que no actúan de manera colegiada.

Entrega del cargo.- Por muerte renuncia e incapacidad.

16. FUSIÓN - Extinción de una sociedad por la transmisión total de su patrimonio a otra; o la constitución de una nueva con aportaciones de los patrimonios de dos o más que se fusione.

A la sociedad que se extingue se le llama sociedad fusionada, y a la sociedad que absorbe el patrimonio de la sociedad fusionada se llama sociedad fusionante.

La fusión se da de dos maneras:

- 1.- La fusionante adquiere a la fusionada entonces es más grande.
- 2.- De 2 sociedades se crea una tercera.

Se requieren 5 requisitos para la fusión:

- 1.- Por asamblea extraordinaria art. 222 LSM.
- 2.- Los acuerdos que se toman deberán inscribirse en el RPC. 223 LSM
- 3.- Publicarse en el periódico oficial del domicilio de ambas o de las que corresponde 223 LSM.
- 4.- Publicar el último balance.
- 5.- Las que desaparezcan publicaran el sistema que tengan establecido o previsto para la extinción de su pasivo.

EFECTOS - 3 meses después de publicado el acuerdo surtira efectos la fusión, si se requiere anticipar estos 3 meses.

Se puede seguir el procedimiento para la disminución de capital, y así surtir efectos desde el momento de su inscripción (pagar a los acreedores, asegurar el cumplimiento de su pago, sentencia ejecutoriada). durante estos 3 meses cualquiera puede oponerse los acreedores se oponen, mediante juicio sumario y el efecto es que suspende hasta que cause ejecutor la sentencia.

El accionista tiene que asistir a la asamblea, votar en contra y seguir un juicio durante los 15 días siguientes y así tener su derecho de retiro.

TRANSFORMACIÓN - Cambio de la estructura de una sociedad a otro tipo de sociedad mercantil, cambio de naturaleza de algunas sociedades art.228 (también se aplican las normas relativas a la fusión).

17 ESCISIÓN. - Aparece por primera vez en Italia, llamado scorporazione, que da la idea de fundirse.

En la escisión existen dos partes: La sociedad escidente y la sociedad escindida.

La ley permite 2 formas en que se lleve a cabo:

1.- Una sociedad existente, puede escindir una parte (precindir de una parte) y con esto crear una sociedad, subsiste la sociedad escidente y se crea una nueva.

2.- De una sociedad existente se crean varias sociedades escindidas para de su parecer a la existente.

FORMALIDADES

1.- Asamblea extraordinaria.

2.- Que se decida que parte del activo, pasivo y capital se va a escindir en la sociedad escindida y en las sociedades escindidas.

3.- Las acciones totalmente pagadas, no hay acciones suscritas.

4.- Publicarse el estado financiero de el último ejercicio social de la escidente, dictaminado por auditor externo.

5.- Presentar el proyecto de los estatutos de la sociedad escindida en la gaceta oficial.

6.- Protocolizar el acuerdo e inscribirlo en el registro público de comercio.

7.- Publicarse en la gaceta oficial (periódico que emite el DDF, este no es diario, si no que se publica 3 veces por semana, pero trae un atraso de 3 meses por lo tanto se aconseja que se publique en el periódico de mayor

Circulación) y en el periódico de mayor circulación del domicilio de la escidente.

8.- Si se extingue la sociedad escidente deberá presentar la solicitud al registro para la cancelación de su inscripción.

RESPONSABILIDAD - Entre las sociedades escindidas se crea una solidaridad ante los acreedores que no hayan dado su consentimiento expreso (inciso de fracc. IV art. 228 bis). (se establece una duración de 3 años).

OPOSICIÓN - Fracc. IV.- Durante el plazo de 45 días, los socios que representan el 20% un acreedor que tenga interés jurídico.

El art. 228 bis establece el derecho de retiro. En el caso de aportaciones en especie se siguen las reglas del art. 228 bis fracc. X.

18 DISOLUCIÓN- Está o fenómeno que se presenta previo a la extinción de la sociedad mediante la existencia de diversos supuestos capaces de poner fin al contrato social, conservando su personalidad jurídica se da desde 2 puntos de vista:

1 - DISOLUCION PARCIAL .:

1.- Retiro de alguna de los socios.:

a) cambio de nacionalidad

b) transformación 206 LSM (si procede, se da el reembolso y por lo tanto una disminución de capital).

2.- Violación de las obligaciones de los socios art.50 LSM:

a) Usar a la sociedad para negocios propios.

b) Infracción del pacto social.

c) Infracción de disposiciones legales.

3.- Comisión de actos fraudulentos o delusos.

4.- Si alguno de los socios cae en estado de quiebra y queda inhabilitado.

5.- Muerte de un socio (no)

6.- Causas de estatutarias.

II.- DISOLUCIÓN TOTAL

1.- Expiración del plazo que se haya fijado para la sociedad, se hace exigible en el transcurso del tiempo, en caso de que continúe se convierte en una sociedad irregular y tiene una responsabilidad ilimitada

2.- Imposibilidad de cumplir el objeto social .

3.- Por acuerdo de los socios.

4.- Se tenga un menor número de socios de los establecidos en la ley.

5.- Pérdida de las dos terceras partes del capital social.

6.- Fusión si desaparece la sociedad.

7.- Transformación cambio de el objeto social.

8.- Decreta el código penal art. 11 aquellas sociedades que realicen actos ilícitas, es solicitada por el ministerio público.

PROCEDIMIENTO - Con excepción de el transcurso del tiempo, en los demás casos, el juez deberá comprobar cualquiera de estas causas, e inscribir la en el registro público de comercio, si no se hiciera cualquier interesado puede solicitarla a través de la autoridad judicial.

Una vez inscrita se tienen 30 días por la vía sumaria para oponerse a la inscripción.

EFFECTOS - ART. 234 LSM.

- Los administradores dejan de tener funciones y se nombran liquidadores y el efecto es a partir de este mandato.

Las operaciones de la sociedad irán dirigidas a dar por terminadas sus operaciones pendientes, pago de acreedores y cobro de deudores y si existen remanentes dividirlo entre los socios

DESIGNACIÓN DE LOS LIQUIDADORES

- 1.- Estatutos.
- 2.- Asamblea.
- 3.- Cualquier socio lo solicita a la autoridad jurisdiccional que lo nombre.
- 4.- Los acreedores art. 236.

ATRIBUCIONES

- Representante legal de la sociedad y responde de todos sus actos y por lo que haya excedido. 242 LSM

FACULTADES.

- 1.- Concluir con las operaciones sociales pendientes a su disolución.
- 2.- Cobrar lo que se deba, y pagar a los acreedores.

- 3.- Vender los bienes de la sociedad.
- 4.- Liquidar a cada socio en su haber social.
- 5.- Practicar un balance final de liquidación que deba someterse al análisis y discusión de los socios.
- 6.- Depositar el balance en el registro público de comercio.
- 7.- Obtener de el registro la cancelación de su inscripción.

ACTUACIÓN.

- 1.- Se nombra a uno o varios liquidadores, si son varios actúan en forma conjunta.
- 2.- Repartos parciales se puede solicitar en anticipo a cuenta de la cuota de reembolso final.

PARTICIÓN

El liquidador realiza un balance final en el que se establece cuanto le toca a cada socio, este balance se publica por 3 ocasiones en períodos de 10 días en los días, al término de la última publicación correrá el término de 15 días para que los accionistas se inconformen, una vez terminado el período de publicidad, se convoca a una asamblea extraordinaria, para aprobar dicho balance, uno de los liquidadores presidirá la asamblea, y una vez aprobado por el liquidador se hace el pago correspondiente art. 246 LSM.

19 SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE.- (Flexibilidad para aumento de capital).

Puede alterarse el monto de capital social sin alterar el acta constitutiva art. 213 LSM:

AUMENTO DE CAPITAL

1.- Nueva aportaciones de los socios - Se debe establecer en el acta constitutiva el monto que se obliga a cada, tiene que ser por una unanimidad, al igual que en las aportaciones futuras.

2.- Admisión de nuevos socios - Por acuerdo de asamblea extraordinaria o que este contemplada en las escrituras constitutiva (en este caso no es necesario protocolizar, ni inscribir ya que se haría nula esta capitalización).

CAPITAL AUTORIZADO -Es la cifra máxima que puede alcanzar el capital suscrito, sin necesidad de que exista una reforma en la escritura constitutiva, sin embargo la ley no contempla el capital autorizado y por lo tanto en los estatutos, se debe dar el mecanismo, para que se de este capital (si no se deja al arbitrio de los socios).

2.- Acciones de Tesorería - Crea la sociedad y que guarda en la caja o la tesorería de la sociedad.

REDUCCION DE CAPITAL SOCIAL

1.- Formalidades - la ley establece que sea a petición de los socios requerir sus aportaciones, total a parcialmente. art. 220 y 221 LSM:

El socio debe anunciarlo antes de el último trimestre, para que sea en el fin de el ejercicio; no se puede disminuir mas alla del mínimo autorizado y el socio que se separe va hacer responsable de las operaciones que tengan pendiente.

FORMA - Va seguida de la razón o denominación social acompañada de las palabras CV.

El aumento o disminución de capital social deberá inscribir en el libro de registro de la sociedad.

DISPOSICIONES GENERALES DE LA LEY DE INVERSIONES EXTRANJERAS EN RELACIÓN CON LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

Esta Ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1993, consta de 39 artículos y 11 transitorios.

El objeto de la Ley de Inversiones Extranjera, es la determinación de reglas para canalizar la inversión extranjera en el país y propiciar que este contribuya al desarrollo nacional.

Para los efectos de esta Ley, se entiende como:

Inversión extranjera, a la participación de inversionistas extranjeros, en cualquier proporción en el capital social de sociedades mexicanas, la realizada por sociedades mexicanas con mayoría de capital extranjero, y la participación de inversionistas extranjeros en las actividades y actos contemplados por esta Ley. Para los efectos de la Ley, se equipara a la inversión mexicana la que efectúen extranjeros en el país con calidad de inmigrados, salvo aquellas realizadas en las actividades contempladas en los títulos primero y segundo de esta ley referente a las actividades reservadas de manera exclusiva al estado las funciones que determinan las leyes en las siguientes áreas estratégicas:

- Petróleo y los demás hidrocarburos;
- Petroquímica básica;
- Electricidad, generación de energía nuclear;
- Minerales radioactivos;
- Comunicación de vías satélites;
- Radiotelegrafía;

Ferrocarriles;
Emisión de billetes; acusación de monedas;
Control, supervisión y vigilancia de puertos, aeropuertos
y helipuertos. Art. 5 LIE.

Así como en lo referente a la adquisición de bienes inmuebles, que solo podrán ser adquiridos por sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros de conformidad con lo dispuesto en la fracción 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Inversionistas extranjeros, a la persona física o moral de nacionalidad distinta a la mexicana y las entidades extranjeras sin personalidad jurídica. La inversión extranjera podrá participar en cualquier proporción en el capital social de sociedades mexicanas, adquirir activos fijos, ingresar a nuevos campos de actividad económica o fabricar nuevas líneas de producción, abrir y operar establecimientos, y ampliar o relocalizar los ya existentes, salvo por lo dispuesto en la Ley.

DE LAS SOCIEDADES.

Constitución y modificación de sociedades.

La Ley establece que se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) para la constitución de sociedades. Se debe de insertar en los estatutos de las sociedades que se constituyan la cláusula de exclusión de los extranjeros previstos en la fracción 1 del artículo 27 Constitucional.

También se requiere permiso de la SRE para que las sociedades cambien su denominación o razón social, o para

que las sociedades cambien su cláusula de exclusión de extranjeros por la de admisión de extranjeros. Para que personas morales extranjeras puedan realizar habitualmente actos de comercio en la República Mexicana, sin perjuicio de lo establecido en tratados y en convenios internacionales de los que México sea parte, se deberá obtener autorización de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI) para su consecuente inscripción en el Registro Público de Comercio, de conformidad con los artículos 250 y 251 de la LGSM. La autorización deberá otorgarse por la Secretaría dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de su presentación.

INVERSIÓN NEUTRA.

La inversión neutra es aquella realizada en sociedades mexicanas o en fideicomisos autorizados conforme a la LIE y no se computará para determinar el porcentaje de inversión extranjera en el capital social de sociedades mexicanas.

La SECOFI podrá autorizar a las instituciones fiduciarias para que expidan instrumentos de inversión neutra que únicamente otorgarán, respecto de sociedades derechos pecuniarios a sus tenedores y en su caso, derechos corporativos limitados, sin que concedan a sus tenedores derecho de voto en sus Asambleas Generales Ordinarias. También se considera neutra la inversión de acciones sin derecho a voto, siempre que obtengan autorización previamente de la SECOFI y cuando resulte aplicable de la Comisión Nacional Bancarias y de Valores.

En el caso de las sociedades controladoras de grupos financieros, instituciones de banca múltiple y casa de bolsa, la SECOFI podrá resolver sobre la adquisición de certificados

de participación ordinarios emitidos por instituciones fiduciarias autorizadas para tal efecto, cuyo patrimonio esta constituido por acciones representativas de la serie "B" del capital social de sociedades controladoras de grupos financieros, de instituciones de banca múltiple o acciones representativas de la serie "A" del capital social de casas de bolsa.

COMISIÓN NACIONAL DE INVERSIÓN EXTRANJERA.

Estructura.

La comisión estará integrada por los Secretarios de Gobernación, de Relaciones Exteriores, Hacienda y Crédito Público, Desarrollo Social, Energía, Comercio y Fomento Industrial, Comunicaciones, Trabajo y Previsión Social y de Turismo, quienes podrán designar a un Subsecretario como suplente. Asimismo, se podrá invitar a las sesiones de la comisión a aquellas autoridades que tengan competencia en los asuntos a tratar. La comisión será presidida por el Secretario de Comercio y Fomento Industrial y para su funcionamiento contará con un Secretario Ejecutivo y un Comité de Representantes.

La Comisión tendrá las siguientes atribuciones:

Dictar lineamientos de política en materia de inversión extranjera y diseñar mecanismos para promover la inversión en México. Resolver a través de la SECOFI sobre la procedencia y en su caso sobre los términos y condiciones sobre la participación de la inversión extranjera en las actividades o adquisiciones con regulación específica. Ser órgano de consulta en materia de inversión extranjera para las dependencias y entidades de la administración pública federal. Establecer los criterios para la aplicación de

disposiciones legales y reglamentarias sobre la inversión extranjera mediante la expedición de resoluciones generales.

- Es necesario que con el transcurso del tiempo se modifique la limitación que tienen los socios extranjeros en materia de derechos corporativos y de derecho a voto, ya que limitar estos a un simple derecho pecuniario sin participación en decisiones importantes que atañen a la sociedad, podrá desalentar la inversión y en su caso ocasionar perjuicios para los mismos sin que se contemple ninguna protección legal.
- Por lo tanto, si el inversionista extranjero esta invirtiendo en México, confiando en el país y creando una persona moral de origen mexicano, será necesario brindarle por consecuencia toda la gama de derechos que tiene cualquier inversionista nacional, y en este caso tener derechos corporativos y de voto en la asamblea completos sin limitación alguna y así poder ejercerlos, con esto, aunque no participen en el consejo de administración, que también tienen limitado, tendrán la seguridad de participar en las decisiones de la asamblea, así como para conocer y vetar los informes presentados por el consejo de administración y sentir que tienen garantizada su inversión. Esto no va en contra de lo establecido en el artículo 32 Constitucional ya que se le da preferencia en el otorgamiento de concesiones a sociedades mexicanas aunque participen en ellas extranjeros.
Hay que dejar de considerar al inversionista extranjero como un invasor o enemigo, ya que al invertir en el país a parte de los beneficios que trae, esta creando un ente moral de nacionalidad mexicana, por lo cual necesita el mismo trato.
- También es necesario y creemos que con el tiempo permitirá la participación de inversionistas extranjeros, aunque en una primera etapa la realicen asociados con

inversionistas con inversionistas nacionales en áreas que consideran estratégicas las autoridades, es necesario ir abriendo tanto por necesidades económicas como por necesidades y efectos de la globalización, por lo que será necesario adecuar nuestro marco jurídico como modificaciones Constitucionales, que ya se vienen dando en este caso los artículos 27 y 28 como en las distintas disposiciones reglamentarias, limitando las áreas estratégicas del estado a la acuñación de monedas y emisión de billetes, así como propietaria de los cimientos petrolíferos, pero concesionando tanto su exploración, explotación y procesamiento.

- La ley de inversiones extranjera deberá de actualizarse constantemente para que no quede obsoleta, hasta llegar a una desregulación total.
- Es necesario que en los plazos de autorización de modificación de estatutos para la admisión de extranjeros, primero sean reducidos, estos se puede a través de los sistemas de informática para dar certeza y seguridad jurídica al inversionista. También será necesario que con el paso del tiempo ya no se recurran a estas autorizaciones y se permitan que se realicen las modificaciones de estatutos con una simple asamblea de socios, ya que es voluntad de los mismos que participe la inversión extranjera y se participa en una sociedad de nacionalidad mexicana, por lo que en su caso se tendrá que modificar la fracción 1 del artículo 27 Constitucional en lo referente a la autorización que debe realizar la Secretaría de Relaciones Exteriores, aunque sí debe de permanecer el párrafo en donde se hace referencia a la no intervención del gobierno extranjero en caso de conflictos, ya que en su caso, sí se crea una

sociedad mexicana aun que tenga inversión extranjera, es que se esta confiando no solo en la situación económica del país sino también en sus leyes y reglamentos. Por lo tanto la inversión neutra, con la que estamos también de acuerdo, en el transcurso del tiempo tendera a desaparecer para convertirse en una inversión directa por parte de los extranjeros.

- Con el espíritu neoliberal de nuestra economía y por cuestiones de desregulación y simplificación administrativa, como lo señala el Programa de Modernización Administrativa 1995-2000, es necesario que la SRE deje de otorgar autorizaciones respecto a sociedades y estas pasen, en su caso, a la SECOFI, ya que esta cuenta con un Comité de Inversiones Extranjeras y un Registro, los cuales tienen la facultad de autorizar la misma y por lo tanto, se hace inoperante que los inversionistas tengan que pasar por un doble proceso de autorización, además que la SECOFI cuenta con toda la infraestructura para atender este tipo de solicitudes, por lo que esas atribuciones deberán de ser de su competencia, así como lo hemos manifestado con anterioridad, permitir a las sociedades de forma libre deliberar en la asamblea correspondiente, la participación o no de esta inversión, que a su vez, sea notificada a la SECOFI a través de su Comité de Inversiones para simple efecto de control y registro.
- Estamos en desacuerdo con los artículos 3 y 4 de la LIE en donde se equipara a la inversión mexicana, la que realizan los extranjeros con calidad de inmigrados para que los limiten a invertir en áreas estratégicas y en adquisición de bienes inmuebles en zonas restringidas, porque no es muy clara la ley, ya que el artículo 30 Constitucional considera mexicano por naturaleza a quien se case con mujer o

varón mexicano, o establezca su domicilio en territorio nacional y la LIE limita su participación en estas áreas, por considerarlo extranjero aun cuando la Constitución, lo reconoce como mexicano, por lo tanto no se esta en congruencia con el art. 30 y 27 fracc.1 Constitucional.

- Si se interpreta que el espíritu de la Ley, es que se permiten la inversión en estas áreas e inmuebles, por parte de inmigrantes, no importan de que la LIE lo prohíba, ya que la Constitución los considera mexicanos por naturalización , además de las razones de confianza que implica la inversión que ellos realizan en el país, parece que la LIE hace una distinción injusta entre mexicanos de primera y mexicanos de segunda por lo tanto es necesario que se aclare este artículo por parte del legislador ,así como por el paso del tiempo se da la desregulación total de estos sectores para que participe la inversión extranjera.

CAPÍTULO 4

“REGIMEN DE INVERSIONES”

1.- INVERSION EXTRANJERA

En la década de los setenta, el énfasis se centro en la regularización de la conducta de las empresas trasnacionales, agentes nacionales que fungen como vehículo de la inversión extranjera directa (IED).

Ya en los ochentas, se empieza a percibir una transición de la regulatoria hacia una política promocional de esos capitales, proceso que alcanza su cúspide en la presente década.

La aguda reestructuración que ha sufrido la comunidad internacional en los últimos años, las políticas de libre mercado y apertura económica son las que se han instrumentado en la mayoría de los países del orbe. Este modelo económico, bien sea que haya sido adoptado por voluntad o por necesidad, supone irremediamente, una política de apertura y de promoción al al capital extranjero.

Los regímenes de inversión extranjera han sido modificados radicalmente en los distintos países en vías de desarrollo ya que el capital foráneo se percibe como indispensable para completar el ahorro interno y coadyuvar a la reactivación económica.

Los modelos económico de corte proteccionista parecen condenados al fracaso ante una economía mundial caracterizada por la globalización e interdependencia.

Dentro de este marco de competencia, es necesario resaltar que tan sólo un porcentaje mínimo de los recursos que fluyen a nivel mundial, se destinan al mundo en desarrollo, lo que demuestra la indefendible que resulta la tesis de que la IED es fundamentalmente un instrumento utilizado por los

Países desarrollados para explotar las economías y al absorber los recursos naturales y las materias primarias de los países en vías de desarrollo.

2.- REGIMEN DE INVERSION

Los tres países integrados de la región Norteamérica han tenido diferentes actitudes frente al fenómeno de la inversión extranjera. trataremos de resumir la legislación vigente en cada uno de ellos para detectar los puntos de coincidencia y a aquellos de divergencia.

a) Estados Unidos de Norteamérica.

Se puede afirmar que el régimen vigente en los Estados Unidos es el más liberal de la región. Lo anterior es resultado directo de que esa nación se considera el paladín del libre comercio e inversión en el mundo y por supuesto, de la presencia y peso de las empresas trasnacionales en el sistema económico estadounidense.

Aun así existe ciertas restricciones para el capital foráneo. Destaca, la creación de la Exon - florio. Act 17 que exige la notificación al poder ejecutivo de aquellas adquisiciones de empresas estadounidenses por inversionistas extranjeros, reservándose la facultad de bloquear dicha adquisición por razones de seguridad nacional. Si bien la práctica reciente, dicha facultad sólo ha sido ejercida en una ocasión, siempre quedará abierta la posibilidad para que en el futuro se ensanchen la interpretación de la que se considera seguridad nacional y este mecanismo de revisión se convierta en un verdadero obstáculo para frenar los flujos de inversión hacia ese país.

Además de esta limitación de carácter transectorial, existe también restricciones al capital foráneo en sectores específicos. De esta en particular exclusión de IED en transporte marítimo como resultado de la aplicación de la Jones Act.¹⁸

17.- Firing Direct Investment in United States. Edwar M. Graham y Paul R. Krugman, Institute for International Economic, 2ª edición Washington D.C. 1991.

18.- Dicho tratado entro en vigor el primero de Enero de 1989.

Así mismo, existe impedimentos en energía atómica, telecomunicaciones, minería, transporte aéreo y agencias aduanales.

En los demás sectores de la economía, se puede afirmar que el capital foráneo goza de plena apertura, lo que confirma la naturaleza liberal del régimen de inversión en dicho país. Tan es así que ese país es el principal receptor de los flujos mundiales de inversión.

b) Canadá.

El régimen de inversión prevaleciente en Canadá es relativamente liberal, tendencia que se confirmó al suscribir éste país su tratado de libre comercio con los Estados Unidos. ¹⁹

Sin embargo Canadá mantiene un particular énfasis al excluir la participación de la inversión extranjera de las llamadas “industrias culturales,” concepto que comprende a diversos sectores de la actividad económica como radio y televisión, publicidad, edición de periódicos.

Canadá mantiene una autoridad que supervisa y autoriza la adquisición tanto directa como indirecta de empresas canadienses por inversionistas extranjeras, conocidas como Investment Canadá. ²⁰

Destaca el hecho de que si el adquiriente es un inversionista estadounidense o mexicano, los umbrales para la adquisición son más elevados que si se tratase de un inversionista de cualquier otro país.

También existe limitaciones sectoriales para la participación de la IED en ciertos rubros de la actividad económica como transporte aéreo, marítimo y terrestre, agencias aduanales, tratamiento de urano y energía.

En general, se puede afirmar que el régimen de inversión en Canadá es abierto, aunque se excluye la participación del capital foráneo en algunos sectores de la economía y se mantiene la facultad de autorización sobre las

19.- Dicho tratado entro en vigor el primero de enero de 1989.

20.- "The opportunities and challenges of North American free trade" Investment Canadá, Working paper number 1 Abril de 1991, pag. 42

Adquisiciones de empresas canadienses por inversionistas extranjeros.

c) México.

El regimen de inversión extranjera en México es mucho más restrictivo que aquellos de Estados Unidos y Canadá.

Lo anterior se explica en razón del menor grado de desarrollo de nuestro país y encuentra sustento en consideraciones de índole histórico. Tal se mencionó anteriormente, al ser México un país en vías de desarrollo, se expidió la legislación tendiente a regular la presencia del capital foráneo durante los setentas. ²¹

Sin embargo, las cambiantes condiciones de la economía propiciaron que la actitud hacia el IED sufriera un cambio radical en las últimas décadas, desde el énfasis regulatorio prevaleciente en los setentas, pasando por una etapa de “promoción activa y selectiva de IED” en los ochentas, hasta nuestros días en los que se ha entrado de lleno en una labor permanente de promoción de capital foráneo.

Al iniciarse la administración del presidente Carlos Salinas de Gortari y en la actual administración, la estrategia económica contenida en el plan de gobierno, considero al capital extranjero como un elemento esencial para soportar la apertura económica y modernizar el aparato productivo nacional.

Como un primer paso para demostrar la postura de la nueva administración frente a la IED, se expide el reglamento de la ley para promover la inversión Mexicana y regular la inversión extranjera, ²² de cuyo contenido se desprenden tres objetivos principales.

I.- Simplificar los procedimientos administrativos.

II.- Abrir más sectores a la participación de el capital extranjero.

21.- Se expidió Ley para el control y registro de la transferencia de tecnología en 1972, la Ley para la investigación Mexicana y regular la inversión extranjera en 1973 y la Ley de inversiones y marcas en 1976. pag. 105

22.- Publicado en el diario oficial de la federación (DOF), el 16 de Mayo de 1989.

.III.- Facilitar el ingreso del capital foráneo a la BMV.

En lo que toca al primer objetivo por primera vez, se plantea un procedimiento automático a través del cual inversionistas extranjeros podrán constituir sociedades con capital social mayoritariamente extranjero, sin necesidad de recabar permiso alguno, sujeto a determinadas condiciones y no se aplicaría para aquellos sectores económicos contenidos en una clasificación anexa al reglamento. ²³

La apertura de la IED en algunos sectores previamente reservados a mexicanos o a sociedades con cláusula de exclusión de extranjeros, se contempla a través de la utilización del mecanismo de inversión temporal vía fideicomiso.

Finalmente se establece la figura de inversión neutra para facilitar flujos de IED hacia las sociedades que cotizan en la bolsa mexicana de Valores y propiciar la internacionalización del mercado de valores. ²⁴

Independientemente de los esfuerzos por flexibilizar las reglas del juego para los inversionistas extranjeros plasmados en el reglamento, se puede afirmar que México mantiene un régimen restrictivo a la IED, por las siguientes razones:

- 1.- Se preserven actividades reservadas al estado.
- 2.- Se mantienen sectores reservados a mexicanos y a sociedades mexicanas con cláusula de exclusividad de extranjeros.
- 3.- Se conservan topes máximos de participación extranjera en otros sectores económicos.
- 4.- El procedimiento automático se condiciona al cumplimiento de requisitos de desempeño económico.

²³- Artículo 5 del RLIE

²⁴- Artículo 13 al 15 del RLIE.

5.- En actividades “clasificadas”, se exige la autorización previa de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (CNIE)

6.- Se requiere autorización del CNIE para la adquisición mayoritaria de sociedades mexicanas por inversionistas extranjeros.

Estas razones, entre otras, confirman la aseveración de que desde una óptica comparativa, el régimen de inversión en México resulta ser mucho más restrictivo que aquellos de los Estados Unidos y Canadá. Si se toma como punto de partida la ley de 1973, altamente regulatoria, se debe llegar a la conclusión que ante la necesidad de captar mayores flujos de inversión es indispensable ajustar con la realidad económica que prevalece en el país. Si bien el reglamento de 1989 marcó una pauta de la tendencia aperturista al capital foráneo, fue arduamente criticado por distintos juristas que señalaban que excedía lo dispuesto por la propia ley, rompiendo con el principio de “ primacía de ley”

Pese a lo anterior, lo que es incuestionable es que el reglamento de 1989 propicio que los flujos de IED hacia el país se incrementara de manera impresionante. Por supuesto que ello no se deriva de la expedición de este ordenamiento, si no que es el resultado de una serie de medidas macroeconomicas que se reflejaron en un mayor interés de la comunidad inversionista internacional de nuestro país.

El reglamento brindó la suficiente seguridad jurídica a los inversionistas extranjeros para que los flujos de inversión hacia el país se multiplicarán.

CONTENIDO Y ALCANCE DEL CAPÍTULO XI DEL TLCAN

El capítulo XI esta dividido en dos secciones: la sección A contiene 14 artículos y enmarca los principios y reglamentos generales en materia de inversión.

La sección B abarca 25 artículos que se refiere al procedimiento de solución de controversias inversionista — Estado.

En México, el capítulo XI protege a las inversiones provenientes de personas físicas o morales estadounidenses o canadiense.

Tratándose de personas morales, basta con que estén constituidos en cualquiera de esos dos países y de ser controlados por inversionistas ajenos a la región, se exige además que “lleven acabo actividades empresariales substantivas”. Se hace extensivo a inversionistas de otros países, en la medida en que tengan sociedades constituidas en la región y lleven acabo actividades empresariales substantivas, este término queda sujeto a interpretación, este requisito pretende evitar que inversionistas de países ajenos a Norteamérica constutiyen empresas de papel para beneficiarse con el capítulo de inversión.

El concepto de inversión es bastante amplio y abarca prácticamente a cualquier trasferencia de recursos hacia el territorio de alguna de las partes. Por inversión se debe entonces entender, no solo la participación accionaria en la sociedades establecida, si no también los préstamos matriz - subsidiaria y aquellos cuyo vencimiento sea mayor a tres años, bienes raíces, propiedad intelectual, etc.²⁵

Cabe destacar que dada la dinámica que ha mostrador el fenómeno de la inversión extranjera en los últimos años, se pretenden cubrir los distintos modalidades o formas en que esta pueda manifestarse en la economía receptora de sus recursos.

El punto 2 del artículo 1101 se refiere al anexo III y contempla que una parte tiene el derecho de desempeñar exclusivamente las actividades señaladas en dicho anexo y “negarse a autorizar el establecimientos de inversiones en tales actividades”. El anexo III describe las actividades reservadas al estado y aplica únicamente para el caso de México, ya que ni Canadá no Estados Unidos mantienen sectores económicos reservados

25.- Definición de “inversión” contenida en el artículo 1139. TLCAN

Para el Estado.

Si bien son actividades desempeñadas por el Estado, dada la amplitud del concepto de “inversión”, si lo aplicamos cabalmente, en la actualidad encontraríamos inversión privada en dichas actividades. Por ello, la facultad de México se circunscribe a “negarse a autorizar el establecimiento de inversiones”, de tal suerte que los “inversiones” ya establecidas en dichas actividades, quedan cubiertas por el capítulo XI.

El punto 3 consigna que el capítulo XI no se aplicará a las medidas que adopten las partes en la medida en que estén comprendidas en el capítulo de servicios financieros. Lo anterior obedece a que esa materia se negocia en lo particular e incluye disposiciones específicas en materia de apertura sectorial para la inversión extranjera.

Finalmente, el punto 4 contiene una referencia a ciertas actividades que por su propia naturaleza, son inherentes a la administración pública tales como bienestar social, educación pública, salud, etc, materias a las que no se aplicarán las disciplinas del capítulo.

Para precisar el alcance del capítulo XI es necesario hacer referencia al artículo 1113 que describe la relación con otros capítulos del TLCAN.

La regla general está incluida en el punto 1 y determinada que en caso de incompatibilidad entre las disposiciones de este capítulo con las de otro capítulo, prevalecerán las de éste último en la medida de la incompatibilidad. Con ello se quiso preservar la relativa autonomía de los distintos capítulos ya que estos fueron negociados por separado y, por lo tanto, su interpretación debe ser autocontenida.

El capítulo 2 de este precepto se refiere la relación que se dan en el capítulo de servicios transfronterizos. Al respecto, si un país exige a un prestador de servicios que deposite una fianza como condición para prestar un servicio, el capítulo de inversión sólo se aplicará en lo que toca a la fianza

Depositada. En lo demás, seguirá aplicándose el capítulo de servicios.

La razón de este punto es precisar la línea divisoria entre ambos capítulos que pueden entre mezclarse cuando se exija el depósito de una fianza, ya que tales recursos quedan contenidos en la definición de inversión.

El siguiente rubro de este artículo es de especial importancia ya que describe aquellos casos en los que una parte puede negar los beneficios del capítulo XI.

Un primer supuesto se daría cuando la inversión, nacionales de un Estado con el no se mantienen Relaciones diplomáticas.

Un segundo caso se presentaría cuando a través de esa inversión, nacionales de un Estado con quién se tengan prohibidas las transacciones comerciales, traten de utilizarla como vehículo para eludir la prohibición.

A guisa de ejemplo, si Estados Unidos por medio de su legislación doméstica tiene prohibido que ciudadanos Iranies inviertan en su país, podrían negarle las protecciones de capítulo a una sociedad canadiense controlada por los ciudadanos Iranies aunque ésta llevase acabo “actividades empresariales substantivas” en Canadá y, por lo tanto, quedara cubierta por la definición de “ inversionistas TLCAN “.

Finalmente, si una parte alega que una empresa no lleva al cabo “ actividades empresariales substantivas “ en la región y pretende los beneficios del capítulo, ello estaría sujeto a los procedimientos de notificación y consulta contemplados en los artículos 1803 y 2006.

De lo anterior se desprende que el capítulo XI no está cerrado a inversionistas de la región, si no que nacionales de países ajenos a la misma se puedan aprovechar de sus disciplinas si tienen subsidiarias establecidas en cualquiera de las tres Países.

Ello tiene particular relevancia para el diseño del nuevo marco jurídico en materia de inversión en México puesto que la apertura sectorial que se negoció en el TLCAN se hará extensiva al resto de la comunidad inversionista internacional, ya que de otra manera, lo único que se propiciaría sería que la inversión en México se canalice a través de las subsidiarias Norteamericanas o Canadienses controladas por nacionales ajenos al bloque.

PRINCIPIOS GENERALES Y RÉGIMEN DE EXEPCIÓN

La estructura del capítulo XI esta diseñada de tal forma que se pueden desprender seis principios de carácter general que las partes se comprometen a respetar con respecto a las inversiones cubiertas por el mismo:

A- Apertura Sectorial.

Al describir los regímenes de inversión vigentes en los países de Norteamérica, la conclusión que se detuvo fue que el régimen en los Estados Unidos es muy abierto, el de Canadá es relativamente abierto y el de México muy cerrado.

Para efectos de comprender cabalmente el resultado de la apertura sectorial negociada, es indispensable acudir a los anexos que contienen las excepciones que introdujeron cada una de los países.

En caso de los Estados Unidos, los anexos reflejan que el régimen vigente para la inversión extranjera fue consolidado, es decir, se mantiene la facultad de Ejecutivo de bloquear las adquisiciones por extranjeros de empresas estadounidenses por razones de seguridad nacional y se preservan las restricciones en sectores específicos (energía atómica, telecomunicaciones, transporte aéreo y marítimo y agentes aduanales). se mantienen también ciertas restricciones que operan en los sector de minería, transporte terrestre, intermediarios para la exportación y servicios legales.

Desde la óptica de los negociadores Canadienses la principal preocupación radicaba en que la facultad del Ejecutivo estadounidense para bloquear adquisiciones de empresas por parte de extranjeros se aplicara para incluir razones no sólo de seguridad nacional, so no también razones de “seguridad económico “. Al respecto, ya se han presentado diversos iniciativas al Congreso estadounidense para ampliar los criterios que puede aplicar el Ejecutivo para impedir dicha adquisiciones. En esa medida, la consolidación de la Exon — Florio Act representa cierta garantía aunque no se puede evitar la discrecionalidad en la determinación de lo que debe entenderse por “seguridad nacional “.

En caso de Canadá, la única modificación significativa fue el incremento de los umbrales bajo los cuales las adquisiciones de empresas canadienses por parte de inversionistas estadounidenses o mexicanos no estarán sujetos a la revisión de Investment Canadá. En lo demás, se mantiene el régimen actual, con restricciones en lo relativo a “industrias culturales”, pesca, transporte aéreo y marítimo, energía nuclear y agencias aduanales y algunos limitaciones en adquisición de tierras, tiendas libres de impuesto, petróleo y gas y transporte terrestre.

Finalmente la obligación de apertura sectorial asumida por México, si bien discrepa del régimen vigente en materia de inversión extranjera, refleja la necesidad de tener capital extranjero a ciertos sectores de la economía y es acorde con la práctica administrativa instrumentada por las autoridades en la materia en los últimos años.

La actitud asumida durante la negociación fue la la de preservar limitantes a la inversión extranjera en aquellos sectores considerados estratégico o prioritarios. Fuera de estos sectores la posición es la de permitir inversión extranjera hasta el 100% sin necesidades de recabar autorizaciones previas. otro elemento de preocupación fue la posibilidad de propiciar una extranjerización desmedida de la planta productiva nacional. En este sentido, se estaría captando inversión “sustituta “, más que inversiones “nuevas “.

Por ello se fijaron reglas claras que exigen autorización de la CNIE cuando se pretenda adquirir empresas mexicanas cuyo valor total de activas exeda un cierto umbral. La intención no es negar este tipo de adquisiciones por parte de inversionistas extranjeros, sino comprobar que existe beneficios netos para el país en términos de inversiones adicionales, incremento de la competitividad de la empresa, una mayor generación de empleos, etc.

Un principio que permitió la negociación fue preservar aquellas actividades reservadas al Estado por mandato constitucional. En el anexo III se detallan dichas actividades y, en el futuro, si México decide privatizar alguno de estos sectores, se mantiene la posibilidad de excluir la participación extranjera en las mismas.

Se mantuvieron asimismo aquellas actividades reservadas a sociedades con cláusulas de inclusión de extranjeros que contemplan la legislación actual. La única que contiene una calendarización para permitir la participación del capital extranjero es el transporte terrestre y, aún en este caso, la liberación aplica exclusivamente para el transporte terrestre “internacional”.

Dentro de este mismo rubro de actividades, se abre la posibilidad de IED en transporte aéreo hasta el 25%. La prestación de ciertos servicios profesionales se mantiene reservada a mexicanos. En la que la conierne a las actividades en las que se permite IED hasta ciertos porcentajes, destaca la apertura en los siguientes sectores:

Minería; Los límites de 34% y 49% desaparecen en forma gradual. De inicio se permite IED hasta el 49% y durante un período de 5 años contados apartir de la entrada en vigor del TLCN, se requiere autorización de la CNIE para que la IED pueda rebasar dicho porcentaje. 26

Petroquímica secundaria

el límite del 40% se elimina y la IED podrá de tentar hasta el 100% sin permiso previo.

Autopartes

El límite del 40% se eleva al 49%. Durante cinco años se requiere la autorización de la CNIE para la IED pueda participar en forma mayoritaria. Prevalece el concepto de “proveedor nacional” en el que se permite IED hasta el 100%.²⁷

Construcción

Si la IED desea rebasar el 49%, se exigirá autorización de la CNIE. Esta limitante se mantiene por cinco años

Televisión por cable

Se permitirá IED hasta el 49%²⁸

Servicio de valor agregado en telecomunicaciones

Se permite IED hasta el 100%, salvo en los servicios de videotextos y conmutación en paquete en los que se permite hasta el 49% hasta el primero de Julio de 1995, cuando se podrá detentar hasta el 100%.

En los demás sectores, se mantienen los límites específicos para la participación del capital foráneo, por ejemplo, en pesca (49%); Fabricación de explosivos (49%), acciones serie “T” sobre tierras agrícolas (49%) y en otros como en educación, se preserva la necesidad de obtener la resolución previa de la CNIE para que la IED rebase el 49%. Es importante destacar que los tres países asuman el compromiso de una vez liberalizado un sector, en el futuro no podrá volver a restringir.

Al respecto, cabría apuntar que en el fondo, la liberación más importante se da en el resto de los sectores de la economía, ya que se establece que la inversión extranjera podrá participar hasta el 100% en las áreas “no reservadas”, sin necesidad de permiso previo.

27.- DECRETO DE MODERNIZACIÓN DE LA INDUSTRIA AUTOMOTRIZ, publicado en el DOF el 11 de Diciembre de 1989.
28.- REFORMA AL REGLAMENTO DEL SERVICIO DE TELEVISIÓN POR CABLE, publicado en el DOF, el 23 de Agosto de 1993.

B- TRATO A LA INVERSION

La premisa tiene como objetivo total brindar seguridad jurídica al capital foráneo para que éste contribuya al desarrollo de la región.

a) principio de trato nacional.

La esencia del principio de trato nacional consiste en que ningún de los estados parte podrá otorgar a la inversión extranjera un trato menos favorable del que otorgan sus propios inversionistas.

La obligación se aplica no sólo en lo que toca al establecimiento de la inversión, si no también en lo que atañe a su expansión, conducción, operación, etc, es decir, abarca todos los actos inherentes a un proyecto de inversión.

Básicamente, este principio exige que el gobierno anfitrión de una inversión, no discrimine en contra de ésta en razón del origen de su capital.

Los tres países formularon reservas a este principio, el cual ésta íntimamente vinculado al grado de apertura sectorial comprometida por cada uno de ellos.

Si bien en los países de la región prevalece un sistema federal, debido a posibles regularizaciones discriminatorias a nivel subfederal se acordó que el principio de trato nacional no aplicará a la medidas existentes a ese nivel durante un período de dos años contados a partir de la fecha de entrada en vigor del tratado. durante ese período, los tres países se comprometieron a verificar la posible existencia y alcance de medidas discriminatorias y listarlas en el anexo respectivo. Una vez transcurrido ese lapso, la obligación de otorgar trato nacional será absoluta respecto de todos los sectores no listados, independientemente del nivel de gobierno que los imponga.²⁹

29.- Artículo 1108 TLCAN.

b) Trato de nación mas favorecida.

El principio de NMF consiste en la obligación de hacer extensivo a los inversionistas del TLCAN aquellos beneficios que cualquiera de las partes otorgue a inversionistas ajenos a la región. Con ello se asegura al menos uno equitativo para las inversiones provenientes de la zona, cualquier medida adicional de liberalización o protección que adopte cualquiera de los socios comerciales con otros países.

Por último y al igual que en los otros principios, las partes se excluyeron de la aplicación de esta disciplina en sectores específicos ciertos acuerdos.

c) Trato mínimo.

El artículo 1105 contempla que les será otorgado un “trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo”.

Esta obligación reflejo la voluntad de las personas partes de proteger al capital foráneo, conforme lo dispone el derecho internacional.

En el supuesto de una inversión cubierto por el capítulo sufra pérdidas derivadas de un conflicto armado o contienda civil, las partes se comprometieron a no discriminar en su contra en caso de que adopte alguna medida para remediar dichas pérdidas.

C- Requisitos de desempeño.

Los países en desarrollo solían condicionar el establecimiento y la expansión de los proyectos al al cumplimiento de ciertos requisitos de desempeño o comportamiento económico, para tratar de maximizar por esa vía, los beneficios para el país anfitrión de la inversión. Exigía que se cumplieran Con programas de balanza de divisas, grados de integración nacional crecientes, programas de exportación y en general, condicionantes de tipo económico.

Dentro de un esquema de desarrollo basado en el modelo de sustitución de importaciones y sustentado en un espíritu proteccionista, no se puede exigir a las empresas con IED que exporten por decreto, es más sano dejar que determinen su propio comportamiento comercial, tomando en cuenta de que en la medida en que el entorno macroeconómico lo propicie unilateralmente formaran parte de la plataforma exportadora nacional e incorporarán insumos nacionales en su proceso productivo.

Por lo cual los tres equipos de negociaciones decidieron no imponer requisitos de desempeño debía ser incorporada al capítulo de inversión.

Las partes no pueden condicionar ningún proyecto de inversión al cumplimiento de estos requisitos, así sea uno de origen nacional.

La disciplina se aplica tanto al establecimiento como a la operación y expansión de la sociedad con capital foráneo y en virtud de la misma se prohíbe la imposición del siguiente tipo de requisitos de desempeño:

- a) Programas de exportación.
- b) Programas de grados de integración nacional.
- c) Exigir la adquisición de bienes fabricados en el territorio de la parte.
- d) Programas de balanza de divisas o comercial.
- e) Restricciones a las ventas en el territorio de la parte o vincularlas a sus ingresos o divisas.
- f) Exigir un traspaso tecnológico determinado.
- g) Actuar como proveedor exclusivo desde el territorio de la parte a otro mercado.

Prácticamente las mismas limitaciones existen en relación al otorgamiento de una ventaja.

Así mismo, se establece claramente que nada impide a una parte condicionar un proyecto de IED al cumplimiento de requisitos no contenidos en listado anterior. Por ello cualquiera de las partes podría sujetar un proyecto de inversión al cumplimiento de otro tipo de condicionantes que no inciden negativamente en el comercio de la zona, tales como programas de generación y capacitación de empleos, programas de investigación y desarrollo.

Si bien, para tener acceso al trámite de constitución automática se exige el cumplimiento de un presupuesto equilibrado de divisas por un período de 3 años, en la práctica, la CNIE ha autorizado a las sociedades con IED a tener presupuestos deficitarios en razón de la propia política de apertura económica del país, México se reservó temporalmente la aplicación de este principio para sector automotriz y la industria maquiladora, en la que se limitó la posibilidad de ventas al mercado interno.

D- Transferencias.

Las tres partes decidieron por ende incluir una disciplina con respecto de este tipo de transferencias al exterior, de manera de que no podrán obstaculizarlas salvo en los casos mencionados, en el art. 1109.

El compromiso radica en que deberán permitir que dichas transferencias se realicen libremente y sin demora de libre uso, al tipo de cambio prevaleciente en el mercado al momento de la transferencia.

Las excepciones a esta disciplina están contenidas en el punto 4 del mencionado precepto y facultan al Estado anfitrión de la inversión a restringirlas en los siguientes casos, mediante la aplicación no discriminatoria de sus leyes:

- a) Quiebra, insolvencia o protección o derechos de los acreedores.
- b) Emisión, Comercio y operaciones de valores.
- c) Infracciones penales administrativas.
- d) Reportes de transferencias de divisas u otros instrumentos monetarios.
- e) Garantía de cumplimientos de sentencias judiciales.

También podran introducir restricciones a las transferencias cuando exista una crisis en la balanza de pagos del país y se adopta un programa conforme a los lineamientos del fondo monetario internacional, debe consignarse que México no ha impuesto este tipo de controles a las transferencias de los frutos derivados de un proyecto de inversión extranjera, por lo que a través de esta disciplina se consolida nuevamente la práctica administrativa prevaleciente.

E- Expropiación y Compensación.

Considerar al acto expropiatorio como una manifestación mequivoca del poder soberano y si acaso surgia una duda en cuanto al monto de la compensación, ésta debía dirimirse forzosamente en los tribunales nacionales del Estado.

La primera regla que contiene el artículo 110 del TLCAN consigna claramente que la intención no es, ni podría ser, la de inhibir la facultad que tiene todo Estado de llevar al cabo actos expropiatorios. De igual forma, las disciplinas que contiene no se aplican únicamente a la expropiación si no que también abarcan a la nacionalización o “medidas equivalentes”.

La amplitud del concepto radica en tratar de evitar que el acto se disfrace formalmente de otra manera siendo que su efecto fundamental es el de privar de su propiedad al inversionista.

Las características que debe cumplir el acto expropiatorio o equivalente son las siguientes:

- a) Debe de ser por causa de utilidad pública.
- b) Sobre bases no discriminatorias.
- c) Con apego al principio de legalidad y al artículo 1105 a, que se refiere al nivel mínimo de trato que debe recibir todo inversionista extranjero.
- d) Mediante indemnizaciones.

Las reglas anteriores son transparentes e incluso están contenidas en las propias legislaciones nacionales de los 3 países. ³⁰

La indemnización será equivalente al valor justo de mercado de la inversión y no reflejará el aumento o disminución que resulte de haberse conocido la intención de expropiar. El concepto “valor justo de mercado” es “aquel que se determina entre un vendedor deseoso de vender el bien y un comprador deseoso de adquirirlo”.

Se consigna así mismo que entre los criterios de valuación se comprenderá el valor corriente del bien y el valor del activo, incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles.

Al respecto, el artículo 27 constitucional dispone que “el precio que se fijará como indemnización a la cosa expropiada, se basará en la cantidad que como valor fiscal de ella figure. ³¹

³⁰.- En el caso de México, este requisito está contenido en el segundo párrafo del artículo 27 constitucional.
³¹.- Fracción VI, segundo párrafo del artículo 27 constitucional.

El punto 3 del artículo 1110 señala que el pago de la indemnización se hará sin demora y será completamente liquidable, la compensación podrá llevarse hasta 10 años .

El hecho de que la indemnización respectiva sea liquidable y por ende, transferible al exterior, confirma la obligación ya contenida a lo relativo a las transferencias. ³²

Los puntos 4 y 5 disponen una formula en virtud de la cual un riesgo cambiarlo correrá por cuanta del Estado que expropia, al igual que serán a su cargo los intereses respectivos.

El punto 7 señala expresamente que no deberá equipararse a un acto expropiatorio el otorgamiento de licencias obligatorias en los términos del capítulo XVII, el punto 8 dispone que tampoco debe considerarse como una medida expropiatoria aquella derivada del incumplimiento de una obligación crediticia.

F. Otras Disposiciones.

a) Alta dirección empresarial y consejos de administración.

El artículo 1107 dispone que las partes no podrán exigir que en las sociedades constituidas conforme a sus leyes, los puestos de alta dirección sean ocupadas por personas de determinada nacionalidad. Sólo podrá mantener dicha exigencia en lo que toca a la mayoría de los miembros de los consejos de administración, siempre y cuando el requisito no menoscabe materialmente la facultad del inversionista extranjero de controlar su empresa.

b) Formalidades y Requisitos de Información.

32.- Artículo 1109 TLCAN.

Las partes mantiene la facultad de exigir a las empresas con capital foráneo el cumplimiento de formalidades especiales conexas al establecimiento de una inversión, siempre y cuando no menos cabe materialmente la protección que les confiere el capítulo. Como ejemplo de formalidades especiales se menciona el requisito de que los inversionistas sean residentes o que las inversiones se constituyan conforme a la legislación de esa parte. Ello no implicará violación al principio de trato nacional.

De igual forma, se requiere un cuestionario económico - financiero para que la autoridad administrativa pueda evaluar la conveniencia de su proyecto de inversión es una formalidad especial permitida por este artículo.

El punto 2 de el artículo 1111 faculta igualmente a las partes a exigir que el inversionista extranjero le presente información rutinaria referente a su inversión, exclusivamente con fines de información o estadística. Dicha información será confidencial, con ello se preserva la facultad del registro nacional de inversiones extranjeras de recopilar información acerca de la presencia de IED en México.

c) Medidas Ambientales.

El TLCAN en el artículo 1114, contenían una disposición que impedía a las partes alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud, seguridad o al medio ambiente.

“ EXCEPCIONES “

2. EXCEPCIONES GENERALES Y SEGURIDAD NACIONAL

Al igual que otros tratados en materia de comercio internacional el TLCAN reconoce a los Estados Partes cierta libertad de acción con la finalidad de proteger sus intereses legítimos nacionales.

En materia de comercio de bienes las Partes incorporaron el artículo XX del GATT, sus notas interpretativas y cualquier otra disposición sucesora posterior en el ámbito de dicho organismo.

Así, el artículo XX del GATT y el artículo 2101 del TLCAN, autorizan a las Partes en materia de comercio de bienes a aplicar las siguientes medidas:

- 1.- Los necesarias para proteger la moral pública;
- 2.- Las necesarias para proteger la vida y salud humana, animal y vegetal;
- 3.- Las vinculadas con la importación a la exportación de oro y plata;
- 4.- Las necesarias para asegurar el debido cumplimiento de la legislación interna, cuando dicha legislación se ajuste a las disposiciones del GATT y del TLCAN;
- 5.- Las vinculadas con los artículos fabricados en las prisiones;
- 6.- Los impuestos para proteger los tesoros nacionales de valor artístico, histórica o arqueológico;
- 7.- Las relativas a la conservación de los recursos naturales no revocables vivientes o no, cuando se aplique en forma conjunta a la producción y consumo nacional;
- 8.- Las adoptadas en el cumplimiento de un acuerdo intergubernamental sobre un producto básica (aprobado por las Partes Contratantes del GATT);
- 9.- Las necesarias para asegurar a la industria nacional de transformación un suministro indispensables de materias primas durante períodos de tiempo en el que el precio nacional sea inferior al mundial, cuando dichas medidas se adopten en ejecución de un plan gubernamental de estabilización (las medidas aplicadas no deberan ser discriminatorias);
- 10.- Las necesarias para asegurar la adquisición o reparto de productos de los que haya una penuria general o local, siempre y cuando la aplicación de las medidas sea en forma equitativa y de manera temporal mientras subsistan las circunstancias que ocasionaron dicha penuria;

11.- Las necesarias para proteger la seguridad y la protección del consumidor.

Cabe apuntar que dichas medidas no pueden aplicarse en forma discriminatoria a causar una restricción encubierta al comercio internacional y cualquier conflicto que verse sobre las mismas puede resolverse a través del mecanismo de solución establecida en el capítulo XX.

Además en el área de comercio transfronterizo de servicios y telecomunicaciones se permite a las Partes adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de su legislación interna cuando sea compatible con las disposiciones del tratado, incluyendo las necesarias para proteger la salud, seguridad y protección del consumidor.

Por otra parte, en el área de seguridad nacional las Partes, de acuerdo a lo establecido por el artículo 606 (energía, petroquímica básica y medidas de seguridad nacional) y 1018 (compras del sector pública - Excepciones) podrán:

a) No proporcionar o dar acceso a información cuya divulgación pueda perjudicar sus intereses esenciales en materia de seguridad; y

b) Adoptar cualquier medida que consideren necesarias para proteger sus intereses esenciales en materia de seguridad, incluyendo las medidas relativas a:

1.- Comercio de armamento, comercio u operaciones de bienes, materiales, servicios y tecnología vinculada directa o indirectamente con los suministros a una institución militar o ha otro establecimiento de defensa;

2.- Las adoptadas en tiempo de guerra o en otras emergencias en el ámbito internacional;

3.- Las vinculadas con la poliferación de armas nucleares o de otros dispositivos nucleares; y

4.- Las medidas adoptadas dentro del ámbito de la Carta de las Naciones Unidas en materia de paz y seguridad internacionales.

3. TRIBUTACION.

El TLCAN dispone en términos generales que las cuestiones tributarias se regirán por los convenios bilaterales en esta materia.

En caso de contradicción entre disposición del TLCAN y una de los otros convenios prevalecerán las disposiciones de los últimos.

Sin embargo, las medidas tributarias que se apliquen a bienes y a mercancías de la Partes deberán ajustarse al principio de trato nacional (artículo 301 del TLCAN y III del GATT) y los impuestos a la exportación únicamente podrán adoptarse cuando se grave de igual manera el consumo interno y se imponga dicho impuesto a todas las otras Partes del TLCAN (artículo 314 y 604 del TLCAN).

A menos que las Partes en los convenios bilaterales acuerden un trato diferente en el área de inversión, comercio de servicios transfronterizos y servicios financieros:

1.- Las medidas tributarias sobre la renta, ganancias de capital, capital gravable de la empresas y los impuestos listados en el párrafo primera del anexo 21034 referentes a la adquisición o al consumo de servicios específicos, se aplicarán de acuerdo al principio de trato nacional como se establece en los artículos 1202 y 1405 del TLCAN.

2.- Los medidas tributarias distintos a los anteriores, así como los impuestos sobre el patrimonio sucesiones, donaciones, transferencias por

Encima de generaciones y aquellos señalados en el anexo 2103.3, se sujetarán al principio del trato nacional y de la nación más favorecida conforme lo establecido en los artículos 1102, 1103, 1202, 1203, 1405 y 1406 del TLCAN.³³

3.- Las medidas tributarias en el ámbito de inversión se ajustaran al artículo 1106 párrafo 3, 4 y 5 (requisitos de desempeño).

4.- Las medidas tributarias vinculadas con una expropiación deberán ajustarse a lo estipulado en el artículo 1110.

Sin embargo, ningún inversionista podrá invocar dicho artículo cuando se haya determinado que la medida no constituye una expropiación.³⁴

4. BALANZA DE PAGOS.

Las Partes podrán restringir las transferencias de fondos cuando afronten dificultades serias en su balance de pagos o se amenaza en forma grave el equilibrio de las mismas y se ajusten a las normas sobre la materia establecidas por el Convenio del Fondo Monetario Internacional (CFMI) y a las normas específicas del TLCAN.

Las normas aplicables del CFMI facultan a un Estado miembro a establecer restricciones a los pagos y transferencias por transacciones internacionales corrientes, por desequilibrios en su balanza de pagos, siempre y cuando:

a) Obtengan la aprobación del FMI.

b) Tan pronto como las circunstancias lo permitan, adopten con otros países miembros regímenes comerciales y financieros que faciliten los pagos internacionales.

33.- Las medidas tributarias mencionadas en los incisos 1 y 2 no se aplican de acuerdo al principio de trato nacional o de la nación más favorecida cuando se dé alguna de las excepciones mencionadas en el artículo 2103, párrafo 4, inciso c,d,e,f,g,y h.

34.-Artículo 2103, párrafo 6.

c) Realicen consultas anuales con el FMI con relación a su ulterior mantenimiento.

d) Suspendan la aplicación de las restricciones tan pronto como se equilibre su balanza de pagos.

Cabe apuntar que una vez que el FMI autorice a un Estado aplicar restricciones al pago de las transacciones corrientes, los contratos de cambio, que comprendan la moneda de dicho Estado y que sean contrarios a sus disposiciones de control cambios serán inexigibles en el territorio de cualquier Estado miembro del FMI.

Las disposiciones del TLCAN sobre las materias pueden clasificarse según su ámbito de aplicación en:

a. Generales, aplicables a toda clase de transferencia (art. 2104, parr. 2, 3 y 4);

b. Las vinculadas con transacciones o transferencias que no sean las del comercio transfronterizo de servicios financieros (art. 2104, parr. 5); y

c. Las relativas a las restricciones al comercio transfronterizo de servicios financieros (art. 2104, parr. 6 y 7).

Las disposiciones generales obligan a los Estados Partes, tan pronto como sea posible a someter a revisión las restricciones a las operaciones de la cuenta corriente de acuerdo a los estipulado por el artículo VIII del CFMI, a iniciar consultas con el FMI en la relativa a las medidas de ajuste económica compatible con dichas consultas.

Además, las medidas que se adopten darán:

1. Evitar daños innecesarias a los intereses comerciales, económicos o financieros de las otras Partes;

2. No ser mas onerosas de lo necesario.
3. Ser temporales y eliminarse gradualmente;
4. Ajustarse a las disposiciones del CFMI y a los criterios de política económica establecidas en consulta con el Fondo;
5. Aplicar el tratamiento más favorable entre el trato nacional y el de la nación más favorecida; y
6. Podrán dar prioridad a ciertos servicios esenciales de acuerdo al programa económico, cuando dichas medidas no tengan por finalidad proteger a una industria o sector particular, y se ajuste a las disposiciones del CFMI.

En lo relativo a las transacciones no vinculadas con el comercio transfronterizo de servicios se exige:

1. Evitar regímenes monetarios discriminatorias y tipos de cambio múltiple, salvo que la autorice el FMI como consecuencia de la aplicación del régimen transitorio.
- 2.- Las restricciones a los transacciones internacionales de capitales sólo podrán aplicarse en forma conjunta con las restricciones a los transacciones corrientes y siempre y cuando sean aprobadas de igual forma por el FMI.
- 3.- Las transferencias que tengan su origen en ingresos derivados de una inversión (art. 1109) deberán sustancialmente realizarse en una moneda de libre uso.
- 4.- Las restricciones no podrán adquirir la forma de sobretasas arancelarias, cuotas, licencias u otras medidas similares.

Por otro lado, la Parte que aplique restricciones a las transferencias derivadas del comercio transfronterizo de servicios financieros deberá notificar y consultar con las otras Partes la sustitución de su balanza de pagos, así como las medidas que haya adoptado.

No podrá aplicar más de una medida estricta, a menos que sean compatibles con las disposiciones del CFMI y se ajusten al programa económico establecido por dicho organismo en consulta con la Parte.

Además, en las consultas con las otras Partes se examinará la compatibilidad de las medidas con las disposiciones generales antes mencionadas, los datos estadísticos del Fondo u otra clase de información relativa a las reservas monetaria, la balanza de pagos y el tipo de cambio.

Las conclusiones de dichas consultas se sujetarán a la evaluación que el FMI realice de la balanza de pagos de la Parte que adopte las medidas.

5. DIVULGACION DE INFORMACION.

Las Partes no estarán obligadas a dar acceso a aquella información cuya divulgación esté prohibida por leyes que protegen la privacidad de las personas y el secreto bancario.

6. INDUSTRIAS CULTURALES

Por su parte, en el área de la industria de la cultura las obligaciones de Canadá se regirán frente a Estados Unidos de acuerdo a lo estipulado en el Acuerdo de Libre Comercio firmado entre Estados Unidos y Canadá, aplicando únicamente el art. 302 del TLCAN.

De esta forma, Canadá se reserva el derecho de apoyar a sus industrias de cine, video, música, grabaciones, publicaciones y televisión, además de

Proteger los programas sociales y aquellos dirigidos a promover la identidad cultural y los idiomas.

También se estableció una salvaguardia en virtud de la cual se impide la inversión extranjera en actividades de radio y televisión, y se reserva el derecho de impedir la producción, distribución, venta y exhibición de material audiovisual por parte de extranjeros.

“ DISPOSICIONES INSTITUCIONALES Y PROCEDIMIENTOS PARA LA SOLUCION DE CONTROVERSIAS “.

2. INSTITUCIONES.

Se prevé la existencia de dos instituciones La Comisión de Libre Comercio y el Secretariado. La primera está integrada por representantes de cada parte a nivel de Secretaría de Estado, o por las personas a quienes éstas designen. Las funciones de la Comisión con respecto al tratado son las de:

- a) Supervisor se puesta en práctica;
- b) Vigilar su desarrollo;
- c) Resolver las controversias que pudiesen surgir respecto a su interpretación o aplicación.
- d) Supervisar la labor de todos los trámites y grupos de trabajo establecidos conforme al tratado incluidos en el anexo 2001.2; y
- e) Conocer de cualquier otro asunto que pudiese afectar funcionamiento del tratado.

.La comisión tiene facultades para:

- a) Establecer y delegar responsabilidades en comités adhoc o permanentes, grupos de trabajo y de expertos;
- b) Solicitar la asesoría de personas o de grupos sin vinculación gubernamental; y
- c) Adoptar cualquier otra acción para el ejercicio de sus funciones, según lo pueden acordar las Partes.

La comisión debe establecer sus propias reglas de procedimientos y, salvo que la misma Comisión disponga otra cosa, tomará sus resoluciones por consenso.

La Comisión debe reunirse por lo menos una vez al año.

En cuanto al Secretariado, éste debe ser establecida por la Comisión y estar integrada por secciones nacionales. La Comisión supervisa al Secretariado.

Es obligación de las partes establecer la oficina permanente de su sección del Secretariado así como encargarse de la operación y costos de su sección y la remuneración y los gastos que deban pagarse a los panelistas y miembros de los comités, miembros de los comités de revisión científica; también deben designar al Secretariado de su sección y notificar a las partes el domicilio de la oficina de su sección.

La función del secretariado consiste en proporcionar asistencia a la comisión así como brindar apoyo administrativo a los paneles y comités instituidos conforme al capítulo XIX, así como a los paneles creados de conformidad con el capítulo XX. Por instrucciones de la comisión, el Secretariado debe, además apoyar la labor de los demás comités y grupos establecidos conforme al tratado y, en general, facilitar el funcionamiento del tratado.

3. SOLUCIONES DE CONTROVERSIAS.

El sistema de solución de controversias previstas en el capítulo XX tiene por objeto prevenir y solucionar las controversias que surjan entre las Partes con respecto a la interpretación o aplicación del TLCAN. De la misma manera, es aplicable cuando una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte es o pudiere ser incompatible con las obligaciones del TLCAN o le causa anulación o menoscabo en el sentido del artículo 2004.

Cabe aclarar que si bien el procedimientos del capítulo XX es general, determinadas materias se excluyen de dicho régimen de solución. En algunos casos, por que se adquirieron razones de carácter político, mientras que en otras Partes decidieron establecer mecanismos adhoc. ³⁵

De esta forma, queda fuera del ámbito de capítulo XX las controversias relativas a revisión de soluciones en materia de antidoping y cuotas compensatorias, las medidas de emergencias, ³ las decisiones de Canadá y de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras de México en materia de adquisiciones, la generación de la entrada temporal de personas de negocios en casos particulares, las prohibiciones o restricciones a la inversión por causa de seguridad,⁶ y las medidas que adopten o mantengan la Partes para prohibir prácticas de negocios contrarias a la competencia.

Como se menciona, el procedimiento del capítulo XX es aplicable cuando una Parte considera que una medida vigente o en proyecto de otra Parte le causa anulación o menoscabo, ³⁶ por lo que una Parte tiene la posibilidad de reclamar a otra la aplicación ³⁷ de una medida que no necesariamente contraviene lo dispuesto en el tratado, pero que merma los beneficios que razonablemente podía esperar del mismo.

Los conceptos de anulación y menoscabo se encuentran contenidos en el artículo XXIII del GATT, cuyo párrafo primero dispone: ³⁸

35.- Antidoping y cuotas compensatorias

36.- Capítulo XDX

37.- Artículo 804

38.- Artículo 1138.2y Anexo 1138.2

En caso de que una parte contratante considere que una ventaja resulte para ella directa o indirectamente del presente acuerdo se halle anulada o menoscabada o que el cumplimiento de una de los objetivos del acuerdo se halle comprometido a consecuencia de:³⁹

a) Que otra parte contratante no cumpla con las obligaciones contraídas en virtud de presente acuerdo; o

b) otra parte contratante aplique una medida contraria o no a las disposiciones de presente acuerdo; o

c) Que exista otra situación,⁴⁰

Dicha parte contratante podrá con objetos de llegar a un arreglo satisfactorio de la cuestión, formular las representaciones o proposiciones por escrito a la otra u otras partes contratante que a su juicio, estime interesadas en ellas. toda parte contratante cuya intervención se solicite de este modo examinará con comprensión las representaciones o proposiciones que le hayan sido formuladas.⁴¹

Dichos preceptos fueron concebidos originalmente para ser aplicables en materia de comercio de bienes, ya que en esa área es, hasta cierto punto, factible medir los “ beneficios razonablemente esperados “.

En el TLCAN los términos de anulación y menoscabo se encuentran vinculados con las acciones de las partes no incompatibles con el mismo. Sin embargo, se establece una serie de excepciones bajo las cuales una parte no pueda alegar la aplicación del artículo 2004. Algunas de las tales excepciones son las siguientes.

1.- Las disposiciones relativas a inversión en materia de energía y petroquímica básica;⁴²

39.- Capítulo
40.- Artículo 1501
41.- Artículo 2004
42.- Capítulo XI

- 2.- El anexo 300-A relativo a comercio e inversión en materia automotriz;
- 3.- Compras del sector público;⁴³
- 4.- Inversión,⁴⁴
- 5.- Servicios financieros.⁴⁵

Cabe mencionar, que el tema fue objeto de una amplia discusión en el seno del grupo encargado de negociar el Acuerdo General de Comercio de Servicios de la Ronda de Uruguay. De hecho, este texto único reconoce la aplicación de los conceptos de anulación y menoscabo tratándose de las obligaciones contenidas en la parte III del mismo, la cual se vincula con el acceso al mercado, trato nacional y estipulación de ciertos compromisos especiales.⁴⁶

3.1-SELECCIÓN DE FORO

Debido que el TLCAN incorpora completamente varias normas contenidas en el GATT., se incluyeron reglas especiales para determinar el foro competente que daba a conocer los conflictos que involucren normas contempladas en el GATT y en el TLCAN.

Durante la negociación se buscaba evitar la interposición de procedimientos paralelos y la posible emisión de resoluciones contradictorias, lo cual restaría efectividad y certeza a cualquiera de los procedimientos mencionados.

En este proceso la delegación mexicana presentó un documento de trabajo, en el cual se trató identificar de antemano qué controversias serían turnadas al GATT, cuáles al procedimiento del TLCAN y en cuáles permanecería abierta la opción.

43.-Capítulo X

44.-Capítulo XI

45.- Capítulo XIV

46.- Texto Dunkel MTN. TMC-WFA.

Por lo difícil y riesgoso que resulta redactar una disposición en el sentido indicado, las partes finalmente optaron por una fórmula parecida a aquella contenida en ALC, con lo cual la determinación del foro competente se efectuará caso por caso.

Así, en el supuesto de una controversia relacionada con el TLCAN y el Acuerdo General sobre Aranceles y Aduaneros y comercio, la controversia puede resolverse en cualquiera de ambos foros, a elección de la parte reclamante. Una vez elegido un foro, quede excluido el otro.

Cuando una de las Partes pretenda iniciar un procedimiento de solución de controversias contra otra parte ante el GATT, haciendo valer fundamentos equivalentes a los que podría invocar conforme al TLCAN, debiera notificar a la Parte tercera de su intención y si dicha parte tercera desea recurrir a los procedimientos de solución de controversias del TLCAN, lo debe comunicar a la Parte notificadora lo antes posible y las Partes consultarán con el fin de convenir un foro único. A falta de acuerdo, la controversia se solucionará normalmente ⁴⁷ según lo dispuesto en el TLCAN.

Por otra parte, existen materias en las cuales la Parte demandada puede hacer que la reclamante tenga que recurrir a los medios de solución previstas en el capítulo XX del TLCAN; son los casos relacionados con el artículo 104, ⁴⁸ con la sección B del capítulo VII ⁴⁹ y con el capítulo IX. ⁵⁰

3.2 CONSULTAS.

Cualquiera de las Partes debe solicitar por escrito a las otras la realización de consultas con respecto a cualquier medida adoptada o en proyecto, o respecto de cualquier otro asunto que considere pudiese afectar el funcionamiento del tratado.

47.- Sic artículo 2005 inciso 2.

48.- " Relación en tratados en materia ambiental y de conservación "

49.- " Sector agropecuario y medidas sanitarias y fitosanitarias "

50.- "Medidas relativas a normalización "

En esas consulta puede participar la tercera Parte, salvo lo que dispongan la reglas de procedimiento. ⁵¹

3.3 PROCEDIMIENTOS ANTE LA COMISION.

Cualquiera de las Partes puede solicitar por escrito que se reúna la Comisión sino logra resolver algún conflicto mediante las consultas en un plazo de: 30 días después de la entrega de la solicitud, cuando cualquiera otra de las Partes haya solicitado consulta subsecuentemente o participada en las relativas al mismo asunto; 15 días después de la entrega de una solicitud de consulta en asuntos relativos a bienes agropecuarios perecederos u otro término acordado.

También puede solicitarse por escrito que se reúna la comisión cuando:

- a) Haya iniciado procedimiento de solución de controversias respecto de cualquier asunto relativo al artículo 2005 (3)⁵² o (4)⁵³, y haya recibido una solicitud para acudir el procedimiento previsto en el TLCAN; y
- b) Se haya realizado consultas conforme al artículo 513 relativo a procedimientos aduanales — grupo y subgrupo de aduanas; al artículo 723 sobre medidas sanitarias y fitosanitarias consultas técnicas, y al artículo 914, relativo a medidas de normalización — consultas técnicas.

La comisión deberá reunirse dentro de los 10 días siguientes a la entrega de la solicitud, salvo que acuerde otra cosa.

La comisión podrá convencer asesores técnicos a crear los grupos de trabajo o de expertos que considere necesarios recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación o a otros procedimientos de controversias, así como formular recomendaciones para apoyar a las Partes consultantes a lograr una solución mutuamente satisfactoria.

51.- Artículo 2006 inciso 3.

52.- Son los asuntos relacionados con el artículo 104, que se refiere a la relación con tratados en materia ambiental.

53.- Son los asuntos relacionados con la sección B del capítulo VII, relativa al sector agropecuario y medidas sanitarias y fitosanitarias y con el capítulo IX, relativo a medidas que se refieren a normalización.

3.4 SOLICITUD DE INTEGRACION DE UN PANEL.

Cuando no se logre solución de haberse reunido a la Comisión en los plazos previstos en el inciso 1 del artículo 2008, cualquiera de las Partes podrá solicitar por escrito el establecimiento de un panel arbitral. El panel debe ser establecido a la entrega de la solicitud.

Si la Parte tercera considera que tiene interés sustancial en el asunto, tendrá derecho a participar como parte reclamante.

3.5 INTEGRACION DEL PANEL.

Las Partes deben integrar y conservar una lista de hasta treinta personas que cuente con aptitudes y disposiciones necesarias para hacer árbitros. Los miembros de la lista serán designados por consenso, por períodos de tres años, y podrán ser reelectos.

Los miembros de las listas deberán tener conocimientos especializados o experiencia en derecho, comercio internacional, otros asuntos del TLCAN o en la solución de controversias derivadas de acuerdos comerciales internacionales, y ser electos estrictamente en función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio, así ser independientes y no estar vinculados con cualquiera de las Partes no recibir instrucciones de la misma. Además deberán satisfacer el código de conducta que establezca la Comisión.

Para la selección de los integrantes es necesario diferenciar si hay dos o más partes contendientes. Si únicamente hay dos, la selección se lleva a cabo de la siguiente forma:

- a) El panel se integra con cinco miembros.
- b) Las Partes contendientes procurarán acordar la designación del presidente del panel en los 15 días siguientes a la entrega de la solicitud

Para la integración del panel. De no llegar a un acuerdo, se elegirá a una de las Partes por sorteo para que se designe como presidente en el plazo de 5 días a una persona que no sea ciudadano de la Parte designante;

c) Dentro de los 15 días siguientes a la elección del presidente, cada parte contendiente seleccionará a dos panelistas que sean ciudadanos de la otra parte contendiente;

d) Si una Parte contendiente no selecciona a sus panelistas dentro del lapso establecido, estos se seleccionarán de la otra Parte contendiente.

Cuando haya mas de dos partes contendientes, la selección se realiza conforme a lo siguiente:

a) El panel se integrará con cinco miembros;

b) Las partes contendientes procurarán elegir al presidente dentro de los quince días siguientes a la entrega de la solicitud de integración del panel. A falta de acuerdo, la Parte o Partes de la controversia elegidos por sorteo, seleccionarán en el plazo de 10 días un presidente que no sea ciudadano de dicha Parte o Partes;

c) Dentro de los 15 días siguientes a la elección del Presidente, la Parte demandada seleccionará dos panelistas cada uno de los cuales será nacional de cada una de las Partes reclamantes las Partes reclamantes seleccionarán dos panelistas que sean nacionales de la Parte contra la que se dirige la reclamación;

d) Si alguna de las Partes no selecciona panelistas dentro del lapso previsto se elige por sorteo ajustándose al criterio de nacionalidad del inciso anterior.

Los panelistas deberán ser regularmente escogidos de la lista correspondiente. Si alguna de las Partes contendientes escoge a un...

Individuo que no figure en lista, cualquier Parte contendiente podrá presentar una recusación incontrovertible, dentro de los 15 días siguientes a la propuesta.

3.6 PROCEDIMIENTO.

La Comisión debe establecer a más tardar el 1o. de enero de 1994, Reglas Modelo de Procedimiento conforme a los principios previstos en el artículo 2012, según el cual:

a) Los procedimientos garantizarán, como mínimo el derecho a una audiencia ante el panel, así como la oportunidad de presentar alegatos y réplicas por escrito, y las audiencias ante el panel, las deliberaciones y el informe preliminar, así como todos los escritos y las comunicaciones con el mismo, tendrán el carácter de confidenciales.

El procedimiento se seguirá conforme a las Reglas Modelo establecidas por la Comisión, salvo que las Partes contendientes convengan otra cosa.

3.7 ACTA DE MISIÓN.

Salvo acuerdo de las partes contendientes dentro de los 20 días siguientes a la fecha de entrega de solicitud de establecimiento del panel, el acta de misión será: ⁵⁴

“ Examinar, a la luz de las disposiciones aplicables del tratado, el asunto sometido a la comisión (en los términos de la solicitud para la reunión de la Comisión) y emitir las conclusiones, determinaciones y recomendaciones a que se refiere el artículo 2016 (2) “.

Si una Parte reclamante desea alegar que un asunto ha sido causa de anulación o menoscabo de beneficios, el acta de misión deberá indicarlo.

⁵⁴- Art. 2012, inciso 3.

Análogamente, cuando una Parte contendiente desea que el panel formule conclusiones sobre el grado de los efectos comerciales adversos que haya generado para alguna Parte una medida que se juzgue incompatible con las obligaciones del tratado o haya causado anulación o menoscabo, el acta de misión deberá mencionarlo.

3.8 PARTICIPACIÓN DE LA TERCERA PARTE.

Una Parte del TLCAN que no sea contendiente, previa entrega de notificación escrita a las Partes contendientes y a su sección del Secretariado, tendrá derecho a asistir a todas las audiencias a presentar comunicaciones escritas y orales al panel y a recibir comunicaciones escritas de la Partes contendientes.⁵⁵ La notificación deberá entregarse tan pronto como sea posible, pero en ningún caso después de siete días a partir de la fecha en que una de las partes haya entregado la solicitud de establecimiento del panel.⁵⁶

3.9 EXPERTOS.

Por iniciativa propia o a instancia de una Parte contendiente, el panel puede recabar información y asesoría técnica de las personas o grupos que estime pertinente, siempre que las Partes contendientes así lo acuerden y conforme a los términos y condiciones que esas Partes convengan.

3.10 COMITES DE REVISION CIENTIFICA.

El panel puede, por iniciativa propia, salvo que las Partes contendientes lo desapruében, o a instancia de una parte contendiente, solicitar un informe escrito a un comité de revisión científica sobre Cualesquiera cuestiones de hecho relativas a aspectos relacionados con el medio ambiente, la salud, la seguridad u otros asuntos científicos planeados por algunos de las Partes contendientes.

55.- Art. 2013
56.- Art. 2008, inciso 3.

El TLCAN establece la forma de seleccionar a los expertos así como la documentación que debe proporcionarse a las partes involucradas. 57

3.11 INFORME PRELIMINAR.

Salvo acuerdo diverso de las partes contendientes, el panel debe presentar a las partes contendientes un informe preliminar dentro de los 90 días siguientes el nombramiento del último árbitro. Dicho informe debe contener:

- a) Las conclusiones de hecho, incluyendo cualquier derivada de una solicitud conforme al artículo 2012 (5);
- b) La determinación sobre si la medida en cuestión es o puede ser incompatible con las obligaciones derivadas del TLCAN, o es causa de anulación o menoscabo de beneficios, o cualquiera otra determinación solicitada en el acta de misión; y
- c) Sus recomendaciones cuando las haya, para la solución la controversia.

Las partes contendientes pueden hacer observaciones por escrito al panel sobre el informe preliminar.

3.12 DETERMINACION FINAL.

El panel debe emitir su determinación final en un plazo de 30 días a partir de la presentación del informe preliminar, salvo acuerdo diversa de las partes contendientes.

El panel no podrá identificar, ni el informe preliminar ni en la determinación final, la identidad de los árbitros que hayan votado por la mayoría o a la minoría.

Las Partes contendientes deben comunicar la determinación final a la Comisión dentro de un lapso razonable la decisión final debe publicarse 15 días después de su comunicación a la Comisión.

3.13 CUMPLIMIENTO DE INFORME FINAL DE LOS PANELES.

Una vez recibida la información final del panel, las Partes contendientes convendrán en la solución de la controversia ajustándose regularmente, a las recomendaciones de la determinación final. La resolución acordada debe ser notificada al Secretariado.

La ejecución deberá consistir, siempre que ella sea posible, en la no ejecución o la derogación de la medida disconforme con el TLCAN o que sea causa de la anulación o menoscabo de beneficios. A falta de resolución, podrá otorgarse una compensación.

3.14 INCUMPLIMIENTO.

Si dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la determinación final las Partes contendientes no llegan a una solución mutuamente satisfactoria, la Parte reclamante podrá suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente contra la cual se dirigió la reclamación, hasta el momento en que las Partes alcance un acuerdo sobre la resolución de la controversia.

La Parte reclamante procurará suspender primero los beneficios dentro del mismo sector a sectores que se vean afectados por la medida o por otro asunto que el panel haya considerado incompatible con el tratado, o que haya sido causa de anulación o menoscabo de beneficios. Si la Parte reclamante considera que no es factible no eficaz suspender beneficios en el mismo sector o sectores podrá suspender beneficios en otros sectores.

En caso de que cualquiera de las Partes contendientes lo solicite, la

Comisión instalará un panel que determine si la suspensión de beneficios es manifestante excesivo. El procedimiento del panel se ajustará a las Reglas Modelo de Procedimiento y el panel presentará su determinación dentro de los 60 días siguientes a la elección del último árbitro, salvo acuerdo de las Partes contendientes. 58

4. PROCEDIMIENTOS INTERNOS Y SOLUCION DE CONTROVERSIAS COMERCIALES PRIVADAS.

Cuando surja un problema de interpretación o aplicación del TLCAN en un procedimiento judicial o administrativo interno de una Parte y cualquiera otra parte considere que amerita su intervención, o cuando el tribunal u órgano administrativo solicite la opinión de alguna de las partes, esa parte se le notificará a las otras y a su sección del Secretariado. La Comisión procurará, a la brevedad posible acordar una respuesta adecuada, y la Parte en cuyo territorio se encuentre ubicado el tribunal u órgano, administrativo, presentará a éstos cualquier interpretación acordada por la Comisión.

Si la Comisión no lograra llegar a un acuerdo, cualquiera de la partes podrá someter su propia opinión al tribunal o al órgano administrativo, conforme a los procedimientos del foro. 59

Debe subrayarse que ninguna de las Partes podrá otorgar derecho de acción en su legislación interna contra cualquiera de las otras Partes con fundamento en que una medida de otra parte es incompatible con el TLCAN. 60

Por lo que se refiere a las controversias comerciales internacionales entre particulares, la obligación de las Partes se limita a promover y facilitar el arbitraje y otros medios alternativos y para ello las Partes deben disponer procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los laudos

58.- Art. 2019
59.- Art. 2020.(3)
60.- Art. 2021

Arbitrales y el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, obligación que se considera cumplida si las Partes son parte y se ajustan a las disposiciones de la convención de Naciones Unidas sobre reconocimiento y Ejecución de Sentencias (sic) Arbitrales Extranjeros, de 1958, o de la convención Interamericana sobre Arbitraje comercial Internacional, de 1975.

La Comisión debe establecer un comité consultativo que presentará informes y recomendaciones a la Comisión sobre cuestiones generales por ella relativas a la existencia, uso y eficacia del arbitraje y otros procedimientos para la solución de tales controversias en la zona de libre comercio.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES.

1* México a finales del siglo XX y principios del XXI, se a visto en vuelto en un fenómeno de globalización; fenómeno político a que se le ha inducido pero con manifestaciones económicas.

Este fenómeno globalizador a ocasionado grandes transformaciones políticas, la reforma del estado y la transición política, económicas, la gran apertura económica del país a partir del TLCAN, las cuales tienen a una repercusión importante en el aspecto legal, ya que se necesitan mecanismos o normas mas eficaces y actualizadas para poder enfrentar dichos transformaciones, o para ser más claros ser más atractivos hacia la inversión extranjera en este caso directa, que es la que dota de recursos al país así como las fuentes de empleo.

Es por lo cual el PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 1995 - 2000,⁶¹ contempla la reforma en materia de Procuración de justicia, reconociendo el atraso y deficiencia de nuestras leyes y normas, que no responden a las necesidades actuales y que ya no garantizan seguridad jurídica no confianza a los inversionistas ni a la población en lo general.

Se reconocen los fenómenos de corrupción y de burocratización de tramites lo cual desalienta al inversionista, ya que el exceso de regulación y las exigencias de permisos de desalientan a la misma.

Es por lo cual el PLAN NACIONAL DE DESARROLLO, contempla una total reducción de trámites y permisos innecesarios, y así otorgar certeza y seguridad jurídica a los inversionistas y al público en general.

Lo anterior se esta logrando y puede ser comprobado atravez del PROGRAMA DE MODERNIZACION ADMINISTRATIVA 1995 - 2000 ⁶², en donde ya se tienen ejemplos palpables de esta desregulación que esta realizando el gobierno para fomentar la inversión, tal es el caso del programa de apertura inmediata de empresas que empezo a funcionar en el

61.- Plan Nacional de desarrollo 1995 - 2000 Presidencia de la República.

62.- Programa de Modernización administrativa 1995 - 2000 Presidencia de la República.

Distrito Federal a partir de 1996, donde se autoriza la apertura de empresas en un plazo de 7 días menor a 15, siempre y cuando no sean de carácter riesgoso, en cuyo caso la apertura se da entre un plazo de 15 a 30 días.

Lo anterior es un ejemplo claro de las intenciones de modernización, aunque falta mucho por hacer, es necesario actualizar nuestro sistema legal, en este caso en Materia de inversión y de constitución de sociedades, para responder a las necesidades de globalización en el que esta envuelto México.

2* El artículo 1107 del TLCAN, dispone que las partes no podrán exigir que en las sociedades Constituidas conforme a sus leyes, los puestos de Alta dirección sean ocupados por personas de determinada nacionalidad.

Sólo podran mantener dicha exigencia en lo que toca a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración, siempre y cuando el requisito no menoscabe materialmente la facultad de el inversionista extranjero en el control de su empresa.

La legislación nacional choca abiertamente con esta disposición toda vez señala expresamente que, “ la impartición de la inversión extranjera en los órganos de administración de la empresa no podran exceder de la participación en su capital “.

Sin embargo dicha exigencia a representado un obstáculo para la designación de personas de nacionalidad extranjera en los consejos de Administración y no es congruente con la política de facilitar la operación de el capital foráneo por lo que este requisito deberá ser eliminado, en el nuevo régimen jurídico.

Como sucede en el resto de las disciplinas los países se reservaron la aplicación de este precepto para sectores específicos.

En el caso de México destaca la necesidad de los miembros de el consejo de administración y los directores generales de empresas ubicadas en ciertos sectores de la actividad económica sean nacionales.

3* El artículo 8 del TLCAN, faculta al gobierno mexicano para pactar mecanismos internacionales para la resolución de controversias con personas físicas o morales, siempre y cuando se conceda el trato conforme al principio de reciprocidad internacional, se asegura la garantía de audiencia y la imparcialidad de los órganos de desición. Hay quienes señalan que este esquema viola la cláusula calvo consagrada en la Constitución.⁶³ Basta indicar que el objetivo central de dicha cláusula consiste en evitar que gobiernos extranjeros intervengan para hacer valer las reclamaciones de sus nacionales, en la medida en que el mecanismo contempla un procedimiento jurídico al que puede acceder directamente el inversionista extranjero, se reduce significativamente la posibilidad de que su Estado intervenga para protegerlo, por lo que se consolida.

4* Deberá de existir una nueva ley de inversión extranjera que haga extensiva al resto de la comunidad internacional en dos disciplinas: apertura sectorial y la obligación de no imponer requisitos de desempeño, tomando como punto de partida el resultado de la negociación del capítulo XI del TLCAN.

El proyecto de ley incorporarán algunos de los esquemas contenidos en el reglamento de ley expedido en 1989, inversión neutra y fortalecer así mismo las obligaciones de inscripción ante el Registro Nacional de Inversión Extranjera.

También requerirá algunas modificaciones, ya que ésta adolece de lo acordado respecto a la indemnización, solución de controversias compromisos y excepciones específicas de cada país.

63.- Fracción I artículo 27 Constitucional.

En los años que se avecinan se caracterizarán por la intensificación de la competencia por captar recursos del extranjero para complementar el ahorro, esta pugna será más palpable en las económicas en desarrollo las cuales ofrecerán cada vez mayores incentivos para atraer inversión extranjera directa con el fin de evitar mayores rezagos.

5. Es necesario que con el transcurso del tiempo se modifique la limitación que tienen los socios extranjeros en materia de derechos corporativos y de derecho a voto, ya que limitar estos a un simple derecho pecuniario sin participación en decisiones importantes que atañen a la sociedad, podrá desalentar la inversión y en su caso ocasionar perjuicios para los mismos sin que se contemple ninguna protección legal.

6. Por lo tanto, si el inversionista extranjero esta invirtiendo en México, confiando en el país y creando una persona moral de origen mexicano, será necesario brindarle por consecuencia toda la gama de derechos que tiene cualquier inversionista nacional, y en este caso tener derechos corporativos y de voto en la asamblea completos sin limitación alguna y así poder ejercerlos, con esto, aunque no participen en el consejo de administración, que también tienen limitado, tendrán la seguridad de participar en las decisiones de la asamblea, así como para conocer y vetar los informes presentados por el consejo de administración y sentir que tienen garantizada su inversión. Esto no va en contra de lo establecido en el artículo 32 Constitucional ya que se le da preferencia en el otorgamiento de concesiones a sociedades mexicanas aunque participen en ellas extranjeros.

Hay que dejar de considerar al inversionista extranjero como un invasor o enemigo, ya que al invertir en el país a parte de los beneficios que trae, esta creando un ente moral de nacionalidad mexicana, por lo cual necesita el mismo trato.

7. También es necesario y creemos que con el tiempo permitirá la participación de inversionistas extranjeros, aunque en una primera etapa la realicen asociados con

inversionistas con inversionistas nacionales en áreas que consideran estratégicas las autoridades, es necesario ir abriendo tanto por necesidades económicas como por necesidades y efectos de la globalización, por lo que será necesario adecuar nuestro marco jurídico como modificaciones Constitucionales, que ya se vienen dando en este caso los artículos 27 y 28 como en las distintas disposiciones reglamentarias, limitando las áreas estratégicas del estado a la acuñación de monedas y emisión de billetes, así como propietaria de los cimientos petrolíferos, pero concesionando tanto su exploración, explotación y procesamiento.

8. La ley de inversiones extranjera deberá de actualizarse constantemente para que no quede obsoleta, hasta llegar a una desregulación total.

9. Es necesario que en los plazos de autorización de modificación de estatutos para la admisión de extranjeros, primero sean reducidos, estos se puede a través de los sistemas de informática para dar certeza y seguridad jurídica al inversionista. También será necesario que con el paso del tiempo ya no se recurran a estas autorizaciones y se permitan que se realicen las modificaciones de estatutos con una simple asamblea de socios, ya que es voluntad de los mismos que participe la inversión extranjera y se participa en una sociedad de nacionalidad mexicana, por lo que en su caso se tendrá que modificar la fracción 1 del artículo 27 Constitucional en lo referente a la autorización que debe realizar la Secretaría de Relaciones Exteriores, aunque sí debe de permanecer el párrafo en donde se hace referencia a la no intervención del gobierno extranjero en caso de conflictos, ya que en su caso, sí se crea una

sociedad mexicana aun que tenga inversión extranjera, es que se esta confiando no solo en la situación económica del país sino también en sus leyes y reglamentos. Por lo tanto la inversión neutra, con la que estamos también de acuerdo, en el transcurso del tiempo tendera a desaparecer para convertirse en una inversión directa por parte de los extranjeros.

10. Con el espíritu neoliberal de nuestra economía y por cuestiones de desregulación y simplificación administrativa, como lo señala el Programa de Modernización Administrativa 1995-2000, es necesario que la SRE deje de otorgar autorizaciones respecto a sociedades y estas pasen, en su caso, a la SECOFI, ya que esta cuenta con un Comité de Inversiones Extranjeras y un Registro, los cuales tienen la facultad de autorizar la misma y por lo tanto, se hace inoperante que los inversionistas tengan que pasar por un doble proceso de autorización, además que la SECOFI cuenta con toda la infraestructura para atender este tipo de solicitudes, por lo que esas atribuciones deberán de ser de su competencia, así como lo hemos manifestado con anterioridad, permitir a las sociedades de forma libre deliberar en la asamblea correspondiente, la participación o no de esta inversión, que a su vez, sea notificada a la SECOFI a través de su Comité de Inversiones para simple efecto de control y registro.

11. Estamos en desacuerdo con los artículos 3 y 4 de la LIE en donde se equipara a la inversión mexicana, la que realizan los extranjeros con calidad de inmigrados para que los limiten a invertir en áreas estratégicas y en adquisición de bienes inmuebles en zonas restringidas, porque no es muy clara la ley, ya que el artículo 30 Constitucional considera mexicano por naturaleza a quien se case con

mujer o varón mexicano, o establezca su domicilio en territorio nacional y la LIE limita su participación en estas áreas, por considerarlo extranjero aun cuando la Constitución, lo reconoce como mexicano, por lo tanto no se esta en congruencia con el art. 30 y 27 fracc.1 Constitucional.

12. Si se interpreta que el espíritu de la Ley, es que se permiten la inversión en estas áreas e inmuebles, por parte de inmigrantes, no importan de que la LIE lo prohíba, ya que la Constitución los considera mexicanos por naturalización, además de las razones de confianza que implica la inversión que ellos realizan en el país, parece que la LIE hace una distinción injusta entre mexicanos de primera y mexicanos de segunda por lo tanto es necesario que se aclare este artículo por parte del legislador, así como por el paso del tiempo se da la desregulación total de estos sectores para que participe la inversión extranjera.
13. Es necesario que la Ley de Inversiones Extranjera, aunque es un documento moderno ya que su publicación es de 1993, se actualice es decir que sea complementada con un reglamento que facilite y haga más expedita su aplicación, así como que corrija los pequeños detalles que queden obsoletos de la ley citada.
14. También es necesario que a este reglamento que este por enviarse al Congreso, contemple no solo la adecuación entre lo que se entiende por mexicanos por naturalización y el contenido constitucional (art. 32), como anteriormente se indico, sino además actualizar los conceptos de inversión neutra e introducir un recurso administrativo para

apelar las decisiones del Comité de Inversiones Extranjeras en cuanto a la autorización de la misma.

15. Es necesario que esta revisión que hace el Comité, se abstenga en cuanto las inversiones provengan de nuestros socios comerciales, en este caso U S A y Canadá, en reciprocidad a los cambios realizados por ellos respecto a nuestra inversión, como es el caso de Investment Canadá, la cual desde la entrada en vigor de el Tratado promovió que los umbrales de la inversión aumentaran.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA:

- * BARRERA GRAF, Jorge. "Instituciones de Derecho Mercantil"
2a. edición 1991 , México, Porrúa.
- * BAUCHE GARCIA DIEGO, Mario. "La Empresa, Nuevo Derecho Industrial"
2a. edición 1983, México, Porrúa.
- * BICARRETIDI RUFFIA, Polo. "Introducción al Derecho Constitucional Comparado"
Traducción de Hector Fix Zamudio, México.
- * BURGOA ORI HUELA, Ignacio. "Diccionario de Derecho Constitucional, garantías y Amparo"
México Porrúa 1984.
- * Derecho Constitucional Mexicano - 9a. edición 1994 Porrúa.
- * DE LONJEDIO, Ignacio María. "El Estado Social y sus cargos".
México 1979 UNAM.
- * DOMINGUEZ VARGAS, Sergio. "Teoría Económica" México.
15a. edición - 1992 Porrúa.
- * FIX ZAMUDIO, Héctor. "Introducción a la Justicia Administrativa en el ordenamiento Mexicano".
Editorial Honorable Colegio de México 1983 México.
- * FLORES GOMEZ GONZALEZ, Fernando y Carvajal Moreno, Gustavo. "Nociones de Derecho Positivo Mexicano", México, Porrúa.

- * GONZALEZ URIBE, Héctor. "Hombre y Estado", México. Porrúa, 1989.
- * GU GUIT, LEON. "Las Transformaciones del Derecho". Buenos Aires, ediciones de Palma. 1980
- * INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. "Análisis y Diagnostico propuestas Jurídicas" UNAM Tomo I y II México 1993.
- * LEGAZ Y LACAMBARA. "Estudios de Doctrina Jurídica y Social" Barcelona. Busch 1990
- * NORIEGA CANTU, ALFONSO. "Los derechos Sociales Creación de la Revolución de 1910 y la Constitución de 1917". México - UNAM. 1988
- * PHILIPP, Walter frish. "Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional". México. Porrúa 1993.
- * QUINTANA, Adriano, Elvia Arcelia. "El Comercio Exterior de México" 1989. Ed. Porrúa México.
- * RAD BRUCH, Gustavo. "El Hombre en el Derecho" Traducción Anibal del Campo. Buenos Aires, Ediciones de Palma. 1980
- * RODRIGUEZ, RODRIGUEZ. "Tratado de Sociedades Mercantiles" Tomo 2 México. Porrúa.
- *SEARA VAZQUEZ, Modesto. "Del Congreso de Viena a la Paz de Versalles" México 2ª Edición Porrúa.
- * Derecho Internacional Público 14ª Edición 1993.

- * SEPULVEDA, César “Derecho Internacional”
México Porrúa.
- * VAZQUEZ PANDO, A. Fernando y Ortiz Alhf “Aspectos Jurídicos del
Tratado de Libre Comercio de América del Norte” México Editorial
Themis.
- * WITKER V., Jorge y PATIÑO MONFER, Ruperto “La Defensa Contra
Prácticas Desleales de Comercio Internacional” México Editorial Porrúa.
- * ZORRILLA, Luis G. “Los Casos de México en el Arbitraje
Internacional”. 2ª Edición México Porrúa.
- * GRAHAM M. Edwar y KRUGMAN, Paul R. “Foreing Direc
Investmentin United States” 2ª Edición Institute For International
Economics, Washinton DC 1991.
- * “The Opportunities and Challeges Of Nort american Free trade”
Investment Canada, Working, Paper Number 1, Abril 1991.
- * TLCAN “Acuerdos Paralelos, México”,
13 de Agosto SECOFI 1993.
- * Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- * Código Civil para el Distrito Federal.
- *Código de Comercio y Leyes Complementarias.
- * Ley para el Control y Registro de Transferencias de Tecnología, 1972.
- * Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión
Extranjera en 1973.

- * Ley de Inversiones y Marcas. 1976.
- * Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.
- * Ley Minera.
- * Decreto de Modernización de la Industria Automotriz 11 de Diciembre de 1989.
- * Reglamento de Televisión.
- * Plan Nacional de Desarrollo 1995 - 2000
- * Programa de Modernización Administrativa 1995 - 2000