

336

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO



FACULTAD DE DERECHO

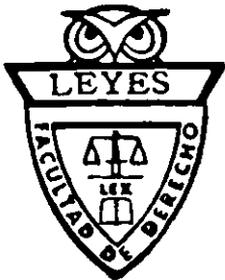
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN
MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

VÍCTOR MANUEL MARTÍNEZ VALADEZ



MEXICO, D. F.

284486
284486

2000



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.



SECRETARÍA NACIONAL
DE EDUCACIÓN PÚBLICA

México D. F., 07 de noviembre de 1999

Ing. Leopoldo Silva Gutiérrez.
Director General de la Administración Escolar de la UNAM
PRESENTE.

Distinguido Sr. Director:

El pasante de Derecho VICTOR MARTÍNEZ VALADEZ, inscrito en el Seminario de Derecho internacional a mi cargo, elaboró la tesis profesional titulada: "SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSION EXTRANJERA", investigación que fue dirigida por el Dr. Juan de Dios Gutiérrez Baylón.

Tesis, que una vez revisada por quien suscribe fue aprobada.

De acuerdo con lo anterior y con fundamento en los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 del vigente Reglamento de Exámenes Profesionales, solicito de usted, ordene la realización de los trámites correspondientes para la celebración del Examen Profesional de Licenciado en Derecho del Sr. Víctor Martínez Valadez.

ATENTAMENTE,
POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU.



DRA. MA. ELENA MANSILLA Y MEJÍA.
Directora del Seminario de Derecho Internacional.

NOTA: El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados día a día), a aquel en que le sea entregado el presente oficio en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, si no en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen, haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad.

A mi madre por darme la vida, su apoyo y su inagotable amor, gracias por inculcar en mí los más altos valores y principios.

A mi padre por todo el amor y el esfuerzo de toda una vida para darme lo mejor.

A Parret por su paciencia y por su amor.

A mis hermanos.

A mis amigos, Paco, Jorge, Christian, Angel, Pato, Víctor, Jaime y Pablo por haberme enseñado que la magia sí existe.

Al Dr. Juan de Dios Gutiérrez Baylon por su apoyo en la elaboración de este trabajo.

**“Solución de Controversias
en Materia de
Inversión Extranjera”**

INDICE GENERAL

INTRODUCCION	1
1. ASPECTOS GENERALES	1
1.1 DEFINICION	1
1.2 CLASIFICACIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA.....	3
1.2.1 <i>Inversión Extranjera Directa</i>	3
1.2.2 <i>Inversión Extranjera Indirecta o de Portafolio</i>	4
1.3 IMPORTANCIA DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN EL AMBITO ECONOMICO MUNDIAL	6
2. REGIMEN JURIDICO DE LA INVERSION EXTRANJERA EN MEXICO	15
2.1 MARCO CONSTITUCIONAL.....	16
2.2 ANTECEDENTES.....	26
2.2.1 <i>La Mexicanización</i>	31
2.2.2 <i>Políticas Contradictorias 1970-1980</i>	32
2.3 MARCO LEGAL	33
2.3.1 <i>LEY PARA PROMOVER LA INVERSION MEXICANA Y REGULAR LA INVERSION EXTRANJERA (1973)</i>	33
2.3.2 <i>EL REGLAMENTO PARA PROMOVER LA INVERSION MEXICANA Y REGULAR LA INVERSION EXTRANJERA (1989)</i>	36
2.3.3 <i>LEY DE INVERSION EXTRANJERA (1993)</i>	37
2.3.4 <i>REGLAMENTO DE LA LEY DE INVERSION EXTRANJERA Y DEL REGISTRO NACIONAL DE INVERSIONES EXTRANJERAS</i>	39
2.3.5 <i>TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE</i>	41
2.3.5.1 Definición.....	42
2.3.5.2 Principios.....	43
2.3.5.2.1 <i>La Nación más Favorecida</i>	43
2.3.5.2.2 <i>Trato Nacional</i>	45
2.3.5.2.3 <i>Trato Mínimo</i>	45
2.3.5.2.4 <i>Transferencia de Fondos</i>	46
2.3.5.2.5 <i>Expropiación y Compensación</i>	46

2.3.6	LA CONVENCION DE LA ORGANIZACIÓN DE COOPERACION Y DESARROLLO ECONOMICOS.....	47
3.	3. MEDIOS TRADICIONALES PARA SOLUCIONAR CONTROVERSIAS RELATIVAS A INVERSIONES.....	52
3.1	PROTECCION DIPLOMATICA.....	52
3.2	CONSULTAS Y/O NEGOCIACIONES	53
3.3	INVESTIGACION	55
3.4	BUENOS OFICIOS	56
3.5	MEDIACION.....	57
3.6	CONCILIACION	57
3.7	FUNDAMENTO LEGAL DE LOS LLAMADOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE DIFERENDOS.....	60
3.8	ARBITRAJE	61
3.8.1	<i>Concepto de Arbitraje.....</i>	62
3.8.2	<i>Clasificación del Arbitraje.....</i>	70
4.	4. NUEVOS MECANISMOS PARA SOLUCIONAR CONTROVERSIAS RELATIVAS A INVERSIONES.....	72
4.1	TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE	72
4.1.1	<i>El Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones.....</i>	<i>77</i>
4.1.1.1	Objetivos de CIADI.....	82
4.1.1.2	Procedimiento	84
4.1.2	<i>Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI O UNCITRAL).....</i>	<i>89</i>
4.1.3	ESQUEMAS PARA GARANTIZAR INVERSIONES	93
4.1.3.1	La Corporación de Inversiones Foráneas Privadas (OPIC).....	94
4.1.3.2	La Agencia Multilateral para Garantizar Inversiones (MIGA)	96
	CONCLUSIONES.....	103

INTRODUCCION

Las ideas sobre la aldea global de que hablara Marshall Mc. Luhan han sido sin lugar a dudas de una gran significación en nuestros tiempos. El fenómeno de la globalización ha repercutido de una u otra manera en todos los rincones del orbe y ha incidido en todos los campos del conocimiento humano. En México por ejemplo, las bondades que a este fenómeno se atribuyen cambiaron radicalmente la manera de percibir y buscar el desarrollo.

Así, en el caso de México, la pertinencia de investigar, las tendencias que conforman el fenómeno de la globalización de la economía mundial, se entiende en tanto que México a partir del decenio de los ochenta ha aplicado una estrategia de desarrollo mediante su integración a las tendencias económicas y financieras mundiales.

En el campo del derecho, los efectos de la globalización se han dejado ver en la cada vez mayor participación de México en tratados internacionales tendientes a la liberalización de la inversión y del comercio internacional.

Dentro de los tratados relativos a estos temas y durante las negociaciones correspondientes, existe una área que es casi del exclusivo dominio de los abogados: los mecanismos de solución de controversias.

Al momento en que se alcanzan los acuerdos, cuando los documentos son firmados y las manos estrechadas, es común la inclinación a ignorar los mecanismos de solución de diferencias por parte de quienes desconocen su importancia. Sin embargo, tarde o temprano las diferencias podrán tensar o incluso arruinar la relación económica y la necesidad existente, aún en el momento de la concepción, de considerar los procedimientos para resolverlas hace por lo regular a los legos, ver como si estuvieran dando un sermón solemne de opciones de divorcio en una boda. Los abogados saben que las diferencias son una característica integral y acaso integradora de todas las relaciones humanas y que la responsabilidad de aconsejar a la gente la manera en que sus asuntos se pueden arreglar de la mejor forma, incluye prepararse para las disputas concernientes a operaciones o relaciones actuales o futuras y algunas veces, aún anticipar la posible disolución de éstas.

En este orden de ideas, la presente disertación pretende explicar la forma de operar y los alcances de los sistemas internacionales de solución de controversias en materia de inversión extranjera disponibles en México con motivo de la celebración de diversos tratados relativos a la materia.

El presente trabajo se centrará sobre la inversión extranjera directa y obviamente los medio de solución de controversias relativos a ésta, por lo que, excepto por algunas breves referencias, sobre todo para efectos de definición, la inversión extranjera indirecta o de portafolio no será analizada.

Tomando en cuenta los puntos de vista de diferentes tratadistas, en el primer capítulo desarrollaremos los conceptos de inversión extranjera, inversión extranjera directa e inversión extranjera indirecta. Posteriormente, nos referiremos a la importancia que hoy en día este fenómeno tiene, dentro del quehacer económico mundial.

En el segundo capítulo analizaremos el marco jurídico de la inversión extranjera en México y por lo tanto nos avocaremos a estudiar minuciosamente la constitución con un especial énfasis en el artículo 27 y la cláusula Calvo. Asimismo, revisaremos los antecedentes de la legislación mexicana en la materia desde los decretos de 1944 hasta la ley de Inversiones Extranjeras hoy vigente y su reglamento, las disposiciones sustantivas del celeberrimo Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

En la tercera parte de la presente disertación, nos aventuramos a analizar los medios tradicionales de solución de controversias internacionales, tema sobre el que existe abundante bibliografía pero curiosamente, no en español. Estudiaremos la "protección diplomática" basados principalmente en la obra del connotado maestro Don Cesar Sepulveda y algunos otros de estos medios como la negociación o consultas, los buenos oficios, mediación, la conciliación y el arbitraje.

Debido a la importancia que en la actualidad ha cobrado el arbitraje, y sobre todo en la materia que nos ocupa, nos detendremos a estudiarlo de manera poco más profunda, haciendo mención de la forma en que se clasifica y de los acuerdos internacionales de los que México es signatario.

En el cuarto y último capítulo, analizaremos los mecanismos de solución de controversias relativos a la materia, en especial, el novedoso sistema contenido en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y por consiguiente el mecanismo administrado por el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones.

Brevemente se analizan algunas disposiciones de las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("CNUDMI") expedidas en 1976, aunque éstas son disposiciones procedimentales únicamente y no constituyen mecanismo arbitral alguno administrado por la CNUDMI, pertenecen propiamente al mundo del arbitraje y en especial al sistema de solución de controversias en materia de inversiones a que se refiere el párrafo que antecede.

Para finalizar, a efecto de dejar en claro su papel en el mundo de las inversiones, también estudiamos rápidamente algunos esquemas para garantizarlas como el MIGA y la OPIC, y su relevancia como foros para la solución de controversias.

1. ASPECTOS GENERALES

"Alguien no está cumpliendo con su deber. No lo están cumpliendo los Gobiernos, porque no saben, porque no pueden, o porque no quieren. O porque no se lo permiten aquellos que efectivamente gobiernan al mundo, las multinacionales y plurinacionales cuyo poder, absolutamente no democrático, ha reducido a casi nada lo que todavía quedaba del ideal de la democracia."

José Saramago. Discurso-brindis del Nobel de Literatura 1998, en el banquete ofrecido a los galardonados después de la ceremonia

1.1 DEFINICION

Para mejor entender el concepto de "inversión extranjera" nos referiremos en primer lugar a la definición que de ambas palabras nos da el diccionario.

Respecto de la palabra inversión, se dice que es:

"Del latín *inversionem*, 1. Acción y efecto de invertir. 2. Adquisición por parte de un individuo, una empresa o una colectividad, de bienes de capital para aumentar la producción. 3. Parte no consumida de la renta en el período de un año. 4. Empleo de fondos liquidados en una cuenta cambiaria."¹

Mientras que extranjero significa:

"Natural de una nación con respecto a los de cualquier otra."²

¹ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 24ª edición. Talleres Gráficos de la Editorial Espasa-Calpe, S.A. Madrid. 1995. Pág. 233.

² *Ibidem*. Pág. 360.

Por su parte, el Prontuario Bursátil y Financiero dice que inversión es:

"Cualquier destino dado a unos medios financieros. También puede considerarse inversión a la adquisición de bienes y mercancías pero no así a los gastos o consumos, la inversión implica una idea de beneficio a futuro, por lo que los gastos o consumos son opuestos a la inversión."³

Economistas como Samuelson y Nordahus nos aportan una idea diferente, para ellos la inversión es la "actividad económica cuyos beneficios se obtienen en el futuro y no de forma inmediata. Más concretamente, en macroeconomía la inversión adopta tres formas: (a) la construcción de nuevas plantas y equipo para las empresas; (b) la construcción de nueva vivienda residencial; (c) el aumento de las existencias. La inversión neta es el valor de la inversión total después de tener en cuenta la depreciación. La inversión neta, en este sentido más estricto de aumento neto de stock de capital a veces se denomina formación de capital. La inversión bruta es la inversión sin tener en cuenta la depreciación. (2) En términos financieros, la inversión tiene un significado totalmente diferente: la compra de un título como una acción o un bono."⁴

Por su parte, la Ley de Inversión Extranjera mexicana dispone en su artículo 2 que:

"Para los efectos de esta ley se entenderá por:

³ CORTINA ORTEGA, Gonzalo. Prontuario Bursátil y Financiero. 2ª. Edición. Ed. Trillas S.A. de C.V., México. 1986. p. 99.

⁴ SAMUELSON, Paul y NORDAHUS, William. Economía 7ª edición. Ed. Mc. Graw Hill, México. 1987, pp. 1113-1114.

...

II. Inversión extranjera:

- a) la participación de inversionistas extranjeros en cualquier proporción en el capital de sociedades mexicanas;
- b) la realizada por sociedades mexicanas con mayoría de capital extranjero y
- c) la participación de inversionistas extranjeros en las actividades y actos contemplados por esta ley."

López González señala que la inversión extranjera es, en términos generales, toda forma de propiedad e intereses de personas físicas o morales de nacionalidad distinta a la del Estado receptor, en sociedades comerciales, ya sea ésta tangible o intangible y aún la contractual.⁵

1.2 Clasificación de la Inversión Extranjera

La inversión extranjera se divide a su vez en Inversión Extranjera Directa e Inversión Extranjera Indirecta o de Portafolio.⁶

1.2.1 Inversión Extranjera Directa

⁵ LOPEZ GONZALEZ, Francisco. "El Capítulo 11 del TLCAN y la Posición Tradicional de México Respecto a la Inversión Extranjera.." Lex, Difusión y Análisis, Octubre 1997, No. 3. Pág. 38.

⁶ El destacadísimo economista Chacholiades dice que "la inversión directa debe diferenciarse de la inversión de portafolio. La inversión directa es la inversión en empresas localizadas en un país pero efectivamente controladas por residentes de otro país. La inversión de portafolios, por su parte, se refiere a las compras de títulos valores (bonos y acciones) que no impliquen ninguna exigibilidad sobre el control o la propiedad de las empresas extranjeras." CHACHOLIADES, Miltiades. Economía Internacional. 5ª edición. Ed. Mc. Graw-Hill, México. 1992, pp. 329-330.

Inversión directa es definida como la inversión de una empresa en otra con el fin de obtener un grado de control sobre las operaciones de la segunda.⁷

Inversión Extranjera es simplemente inversión directa que se da a través de las fronteras de los países, en otras palabras es la situación que se reproduce cuando una empresa de un país compra 'control' en una empresa de otro país o donde una empresa de un país establece una sucursal o una empresa subsidiaria.⁸

Jurgén Voss define la inversión directa como "la inversión en dinero, bienes o servicios en un proyecto compromiso empresarial, en especial por medio del establecimiento a compañías subsidiarias o mediante la adquisición del control de empresas; la capitalización de sucursales y facilidades de plantas, el aseguramiento de la tenencia accionaria a través de poderes de administración y control (generalmente del 25%); haciendo préstamos a largo plazo con bajos intereses en conjunción con controladoras de capital."⁹

1.2.2 Inversión Extranjera Indirecta o de Portafolio

Para Oscar Ramos Garza, la inversión extranjera indirecta es "aquella efectuada generalmente a través de préstamos entre gobiernos, o de organismos internacionales a gobierno o a empresas públicas o a través de la colocación de

⁷ Cfr. DICKEN, Peter. Global Shift. 1ª edición. Ed. Paul Chapman, Londres. 1995, pp. 88-89

⁸ Idem.

valores bursátiles oficiales del país receptor del crédito en las bolsas de valores del país que otorga el crédito."¹⁰

Nuestra postura difiere de la expresada por Ramos Garza ya que considerar de tal manera la inversión indirecta, implicaría tanto como aceptar en el terreno privado, que el crédito otorgado por un banco a un particular es una inversión del banco.

A nuestro parecer, Inversión Indirecta o de Portafolio se refiere a la situación en la que las empresas compran acciones y/u obligaciones de otras compañías simplemente con propósitos financieros, esto es, como cualquier otro inversionista ellos "crean" portafolios de acciones y/u obligaciones de otras empresas.¹¹

Es importante aclarar un concepto que en el derecho mexicano se percibe confuso. El artículo 9 de la Ley de Inversión Extranjera establece que se requiere resolución favorable de la Comisión (de Inversión Extranjera) para que, en las sociedades mexicanas donde la inversión extranjera *pretenda participar, directa o indirectamente*, en una proporción mayor al 49% de su capital social, únicamente cuando el valor de los activos de las sociedades de que se trate, al momento de someter la solicitud de adquisición, rebase el monto que determine anualmente la propia Comisión.

⁹ Citado por SANDRINO, G. "The NAFTA Investment Chapter and Foreign Direct Investment in Mexico: A Third World Perspective" Vanderbilt Law Journal 1994.

¹⁰ RAMOS GARZA, Oscar. México ante la Inversión Extranjera. Legislación Políticas y Prácticas. 2ª edición. Ed. Docal Editores, S.A., México. 1974, Pág. 3.

¹¹ Cfr. DICKEN, P. Global Shift. Op. Cit.

Podría creerse que se está en presencia de inversión extranjera indirecta y que ésta tiene una connotación distinta a la que aquí hemos hecho referencia, sin embargo; desde nuestro punto de vista, el texto del citado artículo debe entenderse dentro del contexto de los artículos que lo preceden, en específico del artículo 7o. que en su párrafo final indica que los límites para la participación de inversión extranjera señalados en este artículo, *no podrán ser rebasados directamente, ni a través de fideicomisos, convenios, pactos sociales o estatutarios, esquemas de pirimidación, o cualquier otro mecanismo que otorgue control o una participación mayor a la que se establece, salvo por lo dispuesto en el Título Quinto de esta ley.*

Es decir, existe conforme a ley mexicana, inversión extranjera directa que se lleva a cabo "indirectamente" o sea, a través de fideicomisos, convenios esquemas de pirimidación o mecanismos afines y no a través de la compraventa lisa, llana y directa de capital social.

1.3 Importancia de la Inversión Extranjera en el Ambito Económico Mundial.

El comercio internacional y la inversión son los pilares gemelos del sistema económico mundial. Shenkin afirma que "de hecho, en diferentes momentos, ya el comercio internacional o la inversión han sido el vehículo principal hacia la

integración económica global y seguirán funcionando de esta forma hasta el próximo milenio"¹²

En la actualidad, el comercio internacional de bienes manufacturados se parece cada vez menos a aquellos esquemas de comercio sugeridos por los modelos económicos clásicos en los cuales compradores y vendedores interactúan libremente (en mercados más o menos competidos) para establecer el volumen y los precios de los bienes comerciados.

Hoy en día, el comercio está siendo manejado cada vez más, por empresas multinacionales como parte de sus sistemas de producción y distribución.¹³ Es tan cierta esta afirmación, que en el tradicional Informe sobre Inversiones Mundiales de la UNCTAD correspondiente a 1997, se hace énfasis sobre la interrelación entre la competencia económica y las inversiones. Rubens Ricupero, Secretario General de la Conferencia, afirma que "los gobiernos deben fomentar políticas de apertura relativas al comercio y las inversiones, así como una cultura de competencia para maximizar el potencial de sus economías. La expansión de la producción internacional no habría sido posible si no existiera la liberalización de los regímenes de inversión extranjera directa. La maximización de los beneficios de la inversión extranjera directa requiere de instrumentos efectivos de política de competencia a nivel internacional."¹⁴

¹² SHENKIN, Todd. "Trade-Related Investment Measures in Bilateral Investment Treaties and the GATT: Moving Toward a Multilateral Investment Treaty." 55 U. Pitt. Law. Review 1994. p. 541.

¹³ Cfr. DICKEN, P. Global Shift. Op. Cit.

¹⁴ UNCTAD Press Release 2717. World Investment Report 1997: FDI and Competition Policy. <http://www.unicc.org.unctad/en/pressref/pr2717en.htm>

Es importante destacar que el sistema económico mundial es hoy por hoy, uno muy distinto al de hace tan sólo unas cuantas décadas. Si bien las instituciones surgidas de la Conferencia de Bretton Woods y las ideas imperantes al final de la Segunda Guerra Mundial continúan rigiendo gran parte de la actividad económica mundial, tanto el enfoque y el entorno —político, cultural y social— se han modificado.¹⁵

Por poner algún ejemplo, diremos que el fin de la Guerra Fría significó también la terminación del bipolarismo que durante más de treinta años tuvo su forma más significativa, en el enfrentamiento de las tendencias —político-económicas— representadas por los Estados Unidos de América y la entonces Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Esta situación —el fin de la Guerra Fría— trajo consigo el surgimiento de los Estados Unidos como superpotencia dominante que; al no tener contrapeso alguno, ha ejercido desde ese entonces una mayor influencia sobre la comunidad internacional en los diversos ámbitos del quehacer social.¹⁶

¹⁵ Para darse una idea genérica del sistema Bretton-Woods véase a CHACHOLIADES. *Economía Internacional*. Op. Cit.

¹⁶ Cfr. CASTAÑEDA, Jorge. "México y el Nuevo Orden Mundial. Actualidad y Perspectivas" en GOMEZ-ROBLEDO, Alonso (comp.) *Un Homenaje a Don Cesar Sepúlveda. Escritos Jurídicos*. 1º. Edición. Ed. UNAM, México. 1994, pp. 89-102.

Por su parte Cruz Miramontes afirma que "la demanda de inversiones en todo el mundo se agudizó a partir de 1985. Al desmembrarse la URSS y aparecer países independientes con mano de obra calificada y con un nivel social, cultural y económico hasta cierto punto homogéneo, la posibilidad de fortalecer y ampliar sus industrias y su comercio se abrió a los inversionistas del mundo. Esta situación vino a sumarse, desde luego, a la que ya existía en otros países incluyendo el nuestro. Por ello una de las grandes metas del TLCAN para los intereses gubernamentales es la de atraer fuertes inversiones productivas (más que capitales "golondrinos") que generen empleos a y ocupación a una población creciente y cada vez más joven y eviten situaciones tan injustas, y por lo tanto riesgosas como las que existen en otras áreas del mundo y que de alguna forma se hicieron

El surgimiento de Estados independientes en Africa y Asia, la consciencia ambiental patente a nivel internacional desde la Convención de Estocolmo de 1972, el llamado de la ONU al establecimiento de un Nuevo Orden Económico Mundial en 1974, la crisis petrolera de principios de los ochenta, la presencia del Banco Mundial en una gigantesca e incontenible gama de proyectos, el espectacular surgimiento de los países recientemente industrializados en el sureste de Asia, los conflictos del Golfo Pérsico y de la antigua Yugoslavia, entre muchos otros, son parte de los fenómenos que han modificado el entorno y que han tenido como consecuencia la búsqueda de adaptación de los instrumentos y enfoques antes utilizados mundialmente para el tratamiento de los asuntos económicos.¹⁷

La marcadisima tendencia hacia el regionalismo comercial después de algunas décadas de énfasis en el multilateralismo a partir de la creación del GATT en 1947,¹⁸ ha llevado a la paulatina sustitución de los sistemas tradicionales de

presentes en Chiapas a partir de 1994." en CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo. El TLC: Controversias, Soluciones y Otros Temas Conexos, 1ª edición. Ed. Mc Graw-Hill, México, 1997, pág. 42.

¹⁷ A finales de los ochenta y principios de los noventa 4 grandes focos de turbulencia económica, se hicieron presentes. Primero la creciente separación a nivel global de lo que algunos autores denominan la economía verdadera de la producción y comercio de bienes y servicios y la economía simbólica de los flujos financieros y las transacciones. La segunda fuente de turbulencia apareció de una manera asombrosamente repentina a fines de 1989, con los drásticos cambios políticos de Europa del Este y los inicios de la transformación de las economías centralmente planificadas a economías de mercado. Por otra parte, el camino de China hacia una economía abierta que comenzó en 1979, fue abruptamente truncado por la masacre de la Plaza de Tiananmen en 1989. Tercero, la volatilidad política del Medio Oriente nos fue recordada con la Guerra del Golfo a principios de 1991, aunque ésta no tuvo los predecibles efectos sobre las reservas de petróleo. El cuarto punto de incertidumbre que se convirtió en foco de atención en los años ochenta fue la amenaza del medio ambiente mundial creada por el calentamiento global por motivo del efecto invernadero y el adelgazamiento de la capa de ozono." DICKEN, P. Global Shift. Op. Cit.

¹⁸ Cfr. LOPEZ GONZALEZ, Francisco. "La Evolución del Mecanismo de Solución de Controversias de Comercio Internacional: Del GATT a la OMC." en LEX Difusión y Análisis Marzo, 1997.

comercio internacional por sistemas de distribución y producción intrafirmas, en los que la distribución de recursos —entiéndase capital, fuerza de trabajo, tecnología— en los lugares que presentan las mejores condiciones y otorgan los mejores incentivos.¹⁹ Los programas de maquila en nuestro país representan un claro ejemplo de este tipo de prácticas.

Sanciones económicas por parte de países poderosos recaen también sobre diferentes aspectos de la inversión, ya que la visión de esos países es que al bloquear la inversión se obstaculiza el desarrollo económico. Ejemplo de esto lo constituyen la polémica y relativamente reciente ley Helms-Burton de los Estados Unidos de América y la Ley de Ayuda al Extranjero del mismo país.

Pasando a otra cosa, el Informe sobre Inversión Mundial 1995, del Centro de Corporaciones Transnacionales de la Conferencia sobre Comercio y Desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas (UNCTAD por sus siglas en inglés), reportó que los flujos de inversión extranjera directa a nivel mundial tuvieron un incremento de \$103 mil millones de dólares o sea un equivalente de 46% con lo que se alcanzó una cifra récord estimada en \$325 mil millones de dólares.²⁰

Respecto de México, el informe hace hincapié en que gracias al Tratado de Libre Comercio de América del Norte, la captación de inversión extranjera directa se ha

¹⁹ Es público que las Islas Caimán y la Isla del Hombre por ejemplo, son el destino de un importantísimo flujo de riqueza líquida (dinero) considerada como inversión extranjera indirecta, por presentar atractivos fiscales para el inversionista (los comúnmente llamados "paraisos fiscales").

incrementado al doble, \$8.3 mil millones de dólares en 1989, a \$16.4 mil millones de dólares en 1994.²¹

Al propio tiempo, las transnacionales mexicanas también incrementaron su inversión al norte de la frontera y alcanzaron los \$2'200 millones de dólares en 1994, mientras que un año antes, en 1993, la cifra alcanzada era de \$1'200 millones de dólares.

No obstante el aumento 89-94 de la inversión en términos generales, durante 1994 y 1995, ésta ha bajado debido en gran medida a la crisis del peso y por los efectos de la entrada en vigor del TLCAN. Se dice que la Unión Europea testificó un evento similar cuando se instrumentó el Acto Unico Europeo en 1986, con un incremento inicial y caída subsecuente de la inversión extranjera.

Sin embargo, la combinación de la baja en los precios de activos, el aumento de la competitividad de las exportaciones mexicanas y el regreso a una relativa estabilidad económica, podrían significar el incremento de inversión extranjera directa en México por transnacionales con tendencias exportadoras incluyendo a sus proveedores.

²⁰ Cfr. Global Foreign Direct Investment Flows Reach \$325 Billion in 1995, an All-Time High, Says UNCTAD. Comunicado de Prensa TAD/1832 de junio 5, 1996. Disponible en la página internet [gopher://gopher.unicc.org/11UNCTAD/](http://gopher.unicc.org/11UNCTAD/).

²¹ Idem

En 1996 América Latina y el Caribe (incluyendo a México) sumaron el 24% del total de flujos de inversión captados por países en desarrollo, con un crecimiento de tan sólo 2 por ciento equivalente a US\$20 mil millones de dólares.

Según datos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en 1996 la inversión extranjera directa en México se ubicó en 1996, cerca de los ocho mil millones de dólares. Precisó que dicho saldo permitió un sano financiamiento de la cuenta corriente de la balanza de pagos.²²

A manera de cumplimiento de profecía, la declaración hecha por la SHCP corrobora que la actitud mexicana actual hacia la inversión extranjera es correcta. Ya en 1989, se anunciaba que para reiniciar el proceso de crecimiento en forma estable y sostenida, debería propiciarse la inversión productiva que conlleve a la generación de más y mejores empleos; que en el proceso de modernización de la economía nacional que la participación de la inversión foránea no puede ser indiscriminada pero que es necesaria para complementar los esfuerzos del ahorro nacional; que los países que están en proceso de modernización intensa están utilizando en forma creciente la inversión extranjera, que complementa su ahorro, genera empleos bien remunerados, trae tecnología competitiva y coadyuva a su inserción en los flujos comerciales internacionales, así como que es conveniente propiciar aquella inversión extranjera directa que evite incrementar el nivel de

²² Cfr. EL FINANCIERO. 26 de febrero de 1997 FLORES, Gerardo y SALGADO, Alicia. "Superó los 8MMDD la inversión extranjera directa durante 1996."

endeudamiento externo de México y que contribuya de manera positiva al balance con el exterior.²³

Según la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos la inversión extranjera directa junto con el comercio de bienes y servicios, promueve el crecimiento económico, creación de empleos y mejoras en los niveles de vida alrededor del mundo. De 1973 a 1996, los flujos de inversión extranjera directa se multiplicaron catorce veces, de veinticinco mil millones de dólares (US \$25 billion) a trescientos cincuenta mil millones de dólares (US \$ 350 billion) por año, dejando muy atrás el crecimiento del comercio internacional.

La Organización de referencia continúa afirmando que "los gobiernos reciben con gusto a la inversión extranjera directa como fuente de capital e innovación así como un medio para promover la competencia y la eficiencia económica. Negocios de todos tamaños se expanden más allá de las fronteras nacionales en busca de nuevos mercados y asociaciones creativas. Los consumidores se benefician de una cada vez mejor calidad, una más amplia variedad de alternativas y precios más bajos de los bienes y servicios que compran.

Un reciente estudio del gobierno de Canadá demuestra que por cada billón de dólares canadienses de inversión en ese país, son creados 45,000 nuevos empleos cada cinco años. De acuerdo con el gobierno de Nueva Zelanda, los

²³ Cfr. el preámbulo del Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera infra nota 49

inversionistas extranjeros reinvierten en Nueva Zelanda el 90% de sus ganancias, dan trabajo a neozelandeses en 99% de los puestos que crean y pagan a los nacionales en promedio un 28% más que las firmas domésticas.²⁴

Un estudio de la OMC reporta que "los bajos niveles de comercio e influjos de inversión extranjera directa son síntomas más que causas de las crisis de muchos de los países pobres. Sin un creciente flujo de inversión extranjera directa en estos países, un comercio es difícil imaginar como puede lograrse una sustancial mejora en sus perspectivas económicas. La inversión extranjera directa trae consigo recursos que escasamente se encuentran en los países pobres como capital, tecnología así como recursos intangibles como los organizacionales, administrativos y habilidades de comercialización."

La percepción hoy es clara, la inversión extranjera es un catalizador del crecimiento económico.

²⁴ Página internet de la OCDE acerca del Acuerdo Multilateral sobre Inversiones http://www.oecd.org/publications/Pol_biref/9702_pol.htm

2. REGIMEN JURIDICO DE LA INVERSION EXTRANJERA EN MEXICO

El marco jurídico de la inversión extranjera en nuestro país se encuentra conformado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en primer lugar, y por diversas leyes de las que destacan en el plano específico la Ley de Inversión Extranjera y el Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, la Ley de Nacionalidad, la Ley General de Población, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el Tratado de Libre Comercio con la República de Costa Rica, los Acuerdos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), los Acuerdos del Acta Final de la Organización Mundial de Comercio y a manera de antecedentes cuya relevancia para el sistema económico vigente hasta hace apenas un lustro fue fundamental, tenemos a la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera de 1973 y su Reglamento expedido en 1989.

A continuación procedemos a estudiar el marco constitucional de la inversión extranjera.

2.1 MARCO CONSTITUCIONAL

Sin lugar a dudas el precepto constitucional más importante para la inversión extranjera es el artículo 27, pero no debemos perder de vista las disposiciones contenidas en artículos como el 1o., 30, 33 (referente a los extranjeros), 25, 26 y 28 (referentes al sistema económico mexicano), el 73 fracción XVI, XXIX-F, 89 X y 133.

Solo mencionaremos respecto del artículo 1o, que en virtud del mismo se permite a los extranjeros gozar de las garantías previstas en la Constitución de la misma manera en que lo haría un nacional, ya que dicho artículo no establece diferencia alguna entre mexicanos y extranjeros, ya que se refiere expresamente a "todo individuo", y es bien sabido que donde la ley no distingue, los particulares y las autoridades no deben distinguir.

Fundamental resulta entonces, tener claro en mente quienes son extranjeros y quienes mexicanos. La respuesta dentro de nuestro sistema jurídico nos la proporcionan los artículos 30 y 33 constitucionales. El segundo dispone que son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30.

La interpretación a *contrario sensu* del artículo 30 A)²⁵ nos daría ahora si, propiamente la respuesta:

²⁵ El inciso B del artículo 30 se refiere a los mexicanos por naturalización.

Extranjeros son aquellos que no son nacionales mexicanos, entendiéndose que mexicanos son aquellos que nazcan en territorio de la República mexicana, los que naciendo fuera del territorio nacional son hijos de padres mexicanos o de padre o madre mexicanos, y los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas que sean de guerra o mercantes.

En un segundo plano, habrá que atender a lo dispuesto por la Ley General de Población y por la Ley de Nacionalidad. Por ejemplo, el artículo 3 de la Ley de Inversión Extranjera que a continuación se transcriben, está íntimamente relacionado con el 53 de la Ley General de Población:

"Para los efectos de esta ley, se equipara a la inversión mexicana la que efectúen los extranjeros en el país con calidad de inmigrados, salvo aquella realizada en las actividades contempladas en los Títulos Primero y Segundo de esta ley."

Por su parte, el artículo 53 de la Ley General de Población dice a la letra:

"Los inmigrantes con residencia legal en el país durante cinco años, podrán adquirir la calidad migratoria de inmigrados, siempre que hayan observado las disposiciones de esta ley y sus reglamentos y que sus actividades hayan sido honestas y positivas para la comunidad. En tanto no se resuelva la solicitud de la calidad de inmigrado, a juicios de la Secretaría de Gobernación, el interesado seguirá conservando la de inmigrante."

Aunque no parece una manera muy ordenada de proseguir con este estudio, tenemos razones por comentar enseguida los artículos 73, 89 y 133 antes de analizar las disposiciones de los artículos 25 a 28.

Así, tenemos que el artículo 73 que prevé cuales son las facultades del Congreso, en su fracción XVI dispone que el Congreso podrá dictar entre otras, leyes sobre nacionalidad y la condición jurídica de los extranjeros. En la actualidad, las leyes de Nacionalidad y General de Población, son los ordenamientos con los que el Congreso ha materializado esa facultad. Toda vez que las disposiciones de ambos están fuera del ámbito de estudio de esta tesis, no analizaremos sus disposiciones.

En cuanto a la fracción XXXIX-F, del referido artículo 73 constitucional podemos decir que ésta si incide directamente sobre la materia de nuestro estudio, a la letra establece que el Congreso tiene facultades:

Para expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnologías y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional.

Es de colegirse que la inversión extranjera deberá estar regulada por ley emanada del Congreso.

La fracción X del artículo 89 obliga por su parte al Ejecutivo a dirigir la política exterior del país y a celebrar tratados internacionales observando los principios de no intervención, solución pacífica de controversias, etc. Esta disposición aunada a las previstas en el 133 que establecen que los tratados celebrados por el presidente y aprobados por el senado junto con la Constitución y las leyes federales son la ley suprema de la nación, marcan la pauta y son de fundamental importancia para nuestro estudio, ya que como veremos más tarde la regulación de la inversión via tratado internacional es muy común en la actualidad y su tendencia es hacia el incremento en su uso.

David Gantz señala que fueron los países europeos quienes originalmente concibieron la idea de los llamados Tratados Bilaterales de Inversión (TBI).²⁶

"De 1959 a 1988 las naciones europeas lideradas por la República Federal de Alemania, Suiza y el Reino Unido celebraron más de 250 tratados bilaterales de inversión, de los cuales 30 son (sic) naciones de Latinoamérica y del Caribe incluyendo las antiguas colonias."²⁷

La importancia de los tratados en tratándose de cuestiones económicas es enorme. Recuérdese que las dos principales fuentes del derecho internacional son las convenciones y la costumbre.²⁸ Así, se dice que aquello no regido por el

²⁶ Cfr. GANTZ, D. "Resolución de Controversias en Materia de Inversiones Extranjeras en el TLCAN." en WITKER, J. (comp). 1º edición. Ed. UNAM, México. 1994, 151-166.

²⁷ Ibid pág. 154.

²⁸ Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

derecho convencional de manera específica, recae sobre la esfera de regulación consuetudinaria.

La vieja Corte Permanente de Justicia Internacional, se pronunciaba de la siguiente forma:

"Un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos adquiridos."²⁹

Lo anterior parece ser recogido por la Convención de Viena sobre Tratados de 23 de mayo de 1969, cuyo artículo 26 referente al derecho interno y la observancia de los tratados a la letra establece:

"Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado."

Por otra parte, el artículo 25 de la Constitución mexicana establece las características del sistema económico de nuestro país.

El intervencionismo estatal encuentra su fundamento en la declaración hecha en el primer párrafo de este artículo cuando se señala que "corresponde la Estado la rectoría del desarrollo nacional." El *Estado Gendarme* de Adam Smith y la

²⁹ Echange des populations grecques et turques, Serie B, no. 10, pág. 20 citada por DIAZ, L.M. Globalización de las Inversiones Extranjeras. 1ª edición. Ed. Themis, México. 1989 p. 16

regulación de la economía por medio de la *mano invisible*, no tienen cabida en nuestra organización como Estado.³⁰

La afirmación anterior se refuerza con las disposiciones del tercer párrafo de ese artículo que dispone también, que al desarrollo de la actividad económica nacional concurrirán los sectores público, social y privado; es decir, al gobierno en primer lugar, a las organizaciones o agrupaciones identificables en segundo, y por último a los particulares.

Junto al artículo 28, el artículo 25 delimita las esferas de dominio exclusivo del Estado. En las llamadas *áreas estratégicas* del desarrollo nacional, es decir correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos, petroquímica básica, minerales radioactivos, generación de energía nuclear y electricidad, únicamente el Estado podrá realizar actividades y brindar en su caso los servicios derivados de dichas áreas; mientras que en las *áreas prioritarias*, es decir las comunicaciones via satélite y los ferrocarriles; el Estado podrá discrecionalmente autorizar la participación de particulares.

En cuanto al artículo 27, podemos afirmar que el mismo junto con las disposiciones del 25 y 28 antes mencionados constituyen el fundamento de la regulación de la inversión extranjera en México.

³⁰ Respecto a las formas de organización económica y las ideas de Smith, véase a MONTENEGRO; Waller. Historia de las Doctrinas Económicas. 4ª edición. Ed. Fondo de Cultura

Por lo que hace a su relación con el artículo 25, podemos afirmar que consolida y deja en claro que el sistema económico es mixto con una sensible inclinación hacia el libre mercado como se desprende de lo establecido en el primer párrafo: la existencia de la propiedad privada.

La propiedad de la tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

Así, es claro que en México la propiedad privada puede existir en virtud de disposición constitucional, fenómeno de suma importancia para la inversión extranjera, ya que si no existiera (la propiedad privada), ésta tampoco se presentaría.³¹

Pasando a otra cosa, consideramos dignos de destacarse los siguientes tres puntos que establece el artículo 27 constitucional: 1) la soberanía nacional sobre los recursos naturales, 2) la existencia de la llamada zona restringida , y 3) la inclusión de la Doctrina Calvo.

Respecto a la soberanía nacional sobre los recursos naturales, el párrafo primero transcrito anteriormente es bastante claro, sin embargo, la disposición es complementada con posteriores párrafos que reafirman el principio sobre todo en

Económica, México. 1992.

³¹ Cfr. CONTRERAS VACA, José Francisco. Derecho Internacional Privado. 1ª edición. Ed. Harla, S.A. de C.V., México. 1994, pp. 107-111.

lo que se refiere al zócalo marino a las aguas y mares territoriales y a la zona económica exclusiva.

La zona prohibida se refiere a la limitación prevista en el párrafo noveno fracción I del 27 constitucional que dice:

En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

Esta disposición tiene un trasfondo histórico importantísimo y su finalidad es evitar vejaciones como las que en el pasado fue objeto nuestro país. La experiencia de Texas y la estrategia que para su anexión utilizó el vecino país del norte allá por 1852, debe ser a toda costa neutralizada.³² Parece entonces, que intereses extranjeros se encuentren fuera del alcance del punto de acceso al país y por lo tanto el más vulnerable.³³

Por último dentro de este rubro, trataremos lo referente a la Doctrina Calvo. Teniendo en cuenta los abusos que por parte de las potencias principalmente europeas habían sido objetos los países latinoamericanos, el tratadista argentino nacido en 1824, elaboró en su *Le Droit International Théorique et Practique*, una respuesta a la posición europea; una fórmula que sin conducir a una ruptura

³² Cfr. CARPIZO, Jorge. La Constitución Mexicana de 1917. 10ª edición. : Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México 1995.. También véase la excelente narración sobre la estrategia de Houston y Austin en GARCIA CANTU, Gastón. Las Invasiones Norteamericanas a México. 1ª edición. Ed. FCE, México. 1984.

buscaba reducir a términos legales la conducta de los extranjeros y limitar al mismo tiempo las constantes y molestas representaciones de los agentes diplomáticos.³⁴

La acogida de la doctrina por parte de Latinoamérica no pudo ser mejor. Los países de la zona, la hicieron suya y la defendieron. Para los países económicamente fuertes la doctrina implicaba una oposición al "derecho tradicional de responsabilidad de los Estados"³⁵, según la cual "como principio de derecho internacional ningún Estado puede intervenir por la vía diplomática ni por alguna otra, a efecto de hacer valer las quejas de sus nacionales en un Estado extranjero."³⁶

El artículo 27 en su fracción I dispone:

Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesorios o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. **El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo.**

³³ No obstante la disposición constitucional, el artículo 10 de la Ley de Inversión Extranjera establece que los extranjeros sí podrán adquirir la propiedad de inmuebles en la zona prohibida siempre que los inmuebles adquiridos sean destinados a fines "no residenciales."

³⁴ SEPULVEDA, Cesar. Derecho Internacional. 15ª edición. Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México. 1993, pág 243

³⁵ SANDRINO, Gloria. "The NAFTA Investment Chapter and Foreign Direct Investment in Mexico: A Third World Perspective" Op. Cit. pág. 265.

³⁶ Idem

La disposición se encuentra íntimamente ligada con la del párrafo segundo que ordena que las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública mediante indemnización. La importancia de la disposición es enorme, sin embargo sólo haremos una breve mención ya que se escapa del ámbito de estudio de la presente tesis y retomaremos en el último capítulo únicamente un aspecto cuando tratemos sobre los métodos de solución de diferencias relativos a inversiones.

En efecto, la doctrina Calvo se estudia bajo el rubro de "responsabilidad internacional." Calvo fundamentaba su tesis de no intervención, en que precisamente el intervencionismo no tenía sustento ético ni jurídico y en el principio *non parem habetum*, ya que los extranjeros no tenían porque gozar de más derechos que los conferidos a los nacionales.³⁷ Sandrino señala que la doctrina de trato nacional es la respuesta frente al del trato mínimo conforme a los criterios internacionales.³⁸

La importancia de la doctrina Calvo se acrecentó en la medida en que el presente siglo avanzaba y los enfrentamientos entre los bloques de países desarrollados y en vías de desarrollo se hacían más rípidos. El punto más álgido tal vez lo

³⁷ Cfr. a GARCIA MORENO. "Doctrina Calvo." en Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México. 1995, pp. 1195-1196.

³⁸ "The Latin American response to the international minimum standard was the doctrine of national treatment" SANDRINO, Gloria. "The NAFTA Investment Chapter and Foreign Direct Investment in Mexico: A Third World Perspective" Op. Cit..

podamos identificar con el anuncio de las Naciones Unidas de un Nuevo Orden Económico Internacional.³⁹

Es de suma importancia para nuestro estudio, el significado de la doctrina y más específicamente de nuestra disposición constitucional como obligación de agotamiento de instancias locales. Esta "aparece cuando el extranjero se obliga a no invocar la protección diplomática de su gobierno sin antes haber agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios, que le ofrece el sistema jurídico del Estado residente."⁴⁰

Por el momento nos limitaremos a decir que de la transcripción del artículo que aparece en líneas anteriores, se desprende que la cláusula Calvo en nuestro país, también obliga al agotamiento forzoso de las instancias locales.

2.2 ANTECEDENTES

Al hablar de la historia moderna de nuestro país, la figura de el general Don Porfirio Díaz es referencia insalvable. Precisamente de su administración que duró de 1876 a 1910 arrancamos el análisis histórico del trato a la inversión extranjera en México.⁴¹

³⁹ Una breve reseña de estos sucesos y la participación de México en el conflicto puede consultarse en LOPEZ GONZALEZ, Francisco. "El Capítulo 11 del TLCAN y la Posición Tradicional de México Respecto a la Inversión Extranjera." Op. Cit. nota 5

⁴⁰ GARCIA MORENO, V.C. "Doctrina Calvo." Op. Cit..

⁴¹ Una breve reseña de lo acontecido en México durante el siglo pasado con respecto a este tema, se puede consultar en SEPULVEDA, Bernardo. y CHUMACERO, Ali. La Inversión Extranjera en

Con la férrea creencia de que la inversión sustancial en sectores como el minero, e industrias encargadas de la producción de bienes básicos llevaría a México a una posición económica similar a la de los países industrializados, la administración del dictador estableció una política deliberadamente formulada para atraer inversión extranjera. Al finalizar el "porfiriato" la inversión extranjera se había distribuido en actividades como la minera, la construcción de vías para ferrocarril, bancaria, comercial y la especulación inmobiliaria. La economía mexicana estaba basada en la exportación de productos primarios utilizando comunicaciones y otro tipo de infraestructura diseñada especialmente para servir a las necesidades de compañías exportadoras propiedad de extranjeros.

Estudios recientes sugieren que durante el mandato porfiriano, los extranjeros eran propietarios de más de la mitad del total de la riqueza de México y el capital foráneo dominaba la mayor parte de las empresas productivas.

La enorme presencia de la inversión extranjera durante el porfiriato fue considerada la causa de los males económicos del país y en gran medida detonante de la revolución de 1910. La Revolución estableció los fundamentos políticos e ideológicos para una intervención del Estado drásticamente distinta, en la economía mexicana. Las limitaciones a la inversión extranjera como se apuntó en el apartado anterior, se establecieron en la constitución de 1917. Por medio de

la incorporación del sentir revolucionario antiextranjero, la Constitución mexicana reafirmó la soberanía del país y su independencia del control extranjero.

Por más de sesenta años, la inversión extranjera directa se convirtió en el más importante desafío a la política estatal durante el denominado periodo nacionalista. El gobierno mexicano fue capaz de enfrentar el desafío a través de la instrumentación de políticas distintas conforme nuevos problemas de la inversión extranjera se iban identificando. Hasta la crisis económica de 1982, México no fue capaz de estructurar un patrón más o menos definido de acción del Estado.

De las estrategias de desarrollo económico basadas en la exportación de productos primarios a la sustitución de importaciones, la intervención del Estado en el proceso de desarrollo ha sido en extremo significativa. Mucha de la intervención ha estado en contra de los capitales extranjeros. El resultado es claro, aunque México, como se apuntó en el capítulo primero del presente trabajo, continua siendo uno de los países en desarrollo con mayor captación de inversión extranjera, ésta ha estado limitada a aquellos sectores expresamente señalados por el Estado. De 1940 a 1960, la inversión creció muy rápidamente en México a la par que en el resto del mundo, sin embargo a partir de esa fecha y hasta hace muy poco, la inversión cayó fuertemente durante las siguientes dos décadas.

La expropiación de bienes de compañías petroleras de los Estados Unidos y la Gran Bretaña en 1938, fue importante por razones tanto domésticas como

internacionales. Domésticamente la expropiación constituyó el fundamento de lo que se convertiría en la política nacional respecto a la inversión extranjera y su impacto económico en gran parte de este siglo. Esta política disponía la activa participación del Estado como fuerza compensatoria para ambos, inversionistas extranjeros y los gobiernos de los Estados de los cuales eran nacionales.

Con posterioridad a la revolución, el clima de inestabilidad significó un decremento en la inversión extranjera excepto en el sector petrolero. La expropiación a finales de los treinta acabó por reducir aún más la participación extranjera en la actividad económica de nuestro país.

No fue sino hasta el final de la Segunda Guerra Mundial cuando la demanda de materia prima se aceleró debido, en gran parte, a que en los años inmediatos anteriores, la capacidad industrial de los Estados se desvió hacia la producción de instrumentos de guerra, ya que los capitales extranjeros comenzaron a regresar a México, el cual encontró nuevos mercados para sus productos mientras la competencia del exterior en el mercado interno disminuía.

En la posguerra, los gobernantes mexicanos se volvieron más sensibles a la necesidad de proteger a las industrias nacionales del dominio extranjero. El Presidente Manuel Avila Camacho aprovechó las facultades adquiridas en virtud

de la suspensión de garantías e impuso restricciones a "la creación , modificación, liquidación y transferencia de capitales mexicanos."⁴²

El decreto de emergencia ejemplifica la fuerte respuesta nacionalista al crecimiento de la inversión extranjera durante la época de la postguerra. El decreto concedía amplias facultades discrecionales al Secretario de Relaciones Exteriores para el control de capitales extranjeros.

El auge de la economía mexicana durante la guerra atrajo grandes flujos de inversión extranjera, lo cual fue visto por el gobierno con cierto recelo ya que este hecho lo percibía como un riesgo para la inversión nacional consistente en su desplazamiento por aquella. Aunque el Decreto de Emergencia quedó sin vigencia en 1945, el decreto abrogatorio fue acompañado de disposiciones relacionadas a la intervención del Estado en la economía.⁴³

Entre 1940 y 1965, la inversión extranjera directa casi se cuadruplicó. A finales de los años cincuenta la influencia del Decreto de Emergencia había dado cauce a diferentes posiciones respecto a la inversión extranjera. La buena acogida dio pie a un influjo masivo de inversión extranjera directa en varios sectores productivos, lo que propició el momento justo para que el péndulo de la inversión oscilara hacia atrás en los sesenta bajo la "mexicanización."

⁴² Decreto de Emergencia publicado en el Diario Oficial de 7 de julio de 1944.

⁴³ Cfr. DIAZ, Luis Miguel. Globalización de las Inversiones Extranjeras. Op. Cit. pág. 73.

2.2.1 La Mexicanización.

La gran captación de inversión extranjera a finales de los años cincuenta amedrentó a los industriales mexicanos que presionaron al gobierno para que éste limitara el flujo hacia adentro de capital extranjero. No es de sorprenderse que con el legado político de la inversión extranjera y la estricta vigilancia de su independencia política y económica, México persiguiera e instrumentara políticas nacionalistas para definir y controlar las actividades tanto de individuos como de capitales extranjeros.⁴⁴

La política de mexicanización adoptada por Avila Camacho según la cual el 51% de todo negocio privado debía ser propiedad de mexicanos para asegurar el control local de la economía y la recepción doméstica de sus beneficios, se vio vigorizada durante los sesenta.

El presidente López Mateos expandió el rol del Estado en la actividad económica como respuesta a un repentino repunte de más del 10% del total. Entre 1960 y 1963, el Secretario de Relaciones Exteriores extendió el listado de las industrias o sectores en los cuales era necesaria una participación mayoritaria de capitales mexicanos. Esta alcanzó sectores como el de autopartes, químicos e industrias dedicadas al equipamiento de oficinas. Esta política fue complementada con la instrumentación de otro tipo de acciones gubernamentales como la discriminación

⁴⁴ Cfr. SANDRINO "The NAFTA Investment Chapter and Foreign Direct Investment in Mexico: A

impositiva, la adjudicación de contratos de obras públicas de manera también discriminatoria hacia los extranjeros, y el otorgamiento selectivo de permisos y licencias.⁴⁵

Las políticas anti-inversión extranjera de López Mateos tuvieron como resultado una importante fuga de capitales, lo que forzó a la administración a tomar un enfoque menos agresivo y más conciliatorio. El péndulo oscilaba esta vez hacia el otro extremo.

2.2.2 Políticas Contradictorias 1970-1980.

Para 1970, México había mostrado consistentemente patrones de intervencionismo de Estado en la economía, especialmente con respecto a la inversión extranjera directa aunque no congruentes en lo general. La política de incentivar la mexicanización mediante la aplicación selectiva de varios instrumentos que afectaban a las empresas cuya propiedad mayoritaria pertenecía a extranjeros, continuó durante la administración de don Gustavo Díaz Ordaz. Mientras empresarios mexicanos apoyaban la actitud de apertura de la administración hacia el capital privado en general, demandaban políticas más restrictivas hacia la inversión extranjera.

Third World Perspective" Op. Cit.

⁴⁵ Cfr. CARDENAS, Enrique (Comp.). Historia Económica de México 1930-1994. (México: FCE, 1995).

La rápida proliferación a finales de los años sesenta y principios de los setenta de empresas transnacionales en México, aunada a los sentimientos de rechazo desarrollados por los países en vías de desarrollo respecto a las empresas transnacionales, tuvo un significativo impacto en la posición nacionalista de México respecto de la inversión extranjera. El gobierno mexicano se volvió altamente sensible y crítico con respecto a los dañinos efectos de las empresas transnacionales.

La administración de Echeverría hizo importantes esfuerzos por regular de una manera más definida las actividades de las firmas y los inversionistas extranjeros, se dice que el sector empresarial mexicano se había convertido en un muy activo crítico de la actuación y repercusión de las inversiones extranjeras.

Aunque el gobierno de Echeverría continuaba comprometido con el crecimiento industrial, las políticas de sustitución de importaciones comenzaban a ser insuficientes para alcanzar estos objetivos. Así, el gobierno comenzó a promover la manufactura de productos de exportación y bienes de capital.

2.3 MARCO LEGAL

2.3.1 LEY PARA PROMOVER LA INVERSION MEXICANA Y REGULAR LA INVERSION EXTRANJERA (1973).

La génesis de esta ley la encontramos en la necesidad de México para incrementar sus exportaciones referida en líneas anteriores. Nuestro país requería de asistencia extranjera para mejorar la tecnología, de inversión en nuevas industrias y en la manufactura de productos para exportar, al tiempo de asegurar que los intereses extranjeros se acoplaran a los objetivos nacionales.

De esta manera en 1973, se promulgó la ley con el fin de "promover la inversión mexicana y regular la extranjera e efecto de estimular un desarrollo justo y balanceado y consolidar la independencia económica del país."⁴⁶

Poco hizo la ley para desincentivar la inversión extranjera durante los setenta. El gobierno gozaba aún de enormes facultades discrecionales para determinar las áreas sobre las cuales habría de permitir la inversión. La administración de José López Portillo presionada por el sector privado principalmente, se vio obligada a aplicar la ley de una forma sumamente flexible, lo que resultó en un incremento en la captación de inversión extranjera.

La devaluación de 1976, causada por diversas razones que no se estudiarán aquí, forzó al reacio gobierno de Echeverría a recurrir al Fondo Monetario Internacional. El acuerdo alcanzado obligó a México a cambiar un más o menos vasto e importante número de políticas económicas, pero el acuerdo o más bien el

⁴⁶ Cfr. Exposición de Motivos de dicha ley.

adeudo contraído en virtud del acuerdo fue pagado anticipadamente gracias al auge del petróleo ya a finales de los setenta.⁴⁷

Resultan importantes para nuestro trabajo los siguientes puntos:

- La creación de una Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras integrada por 6 secretarios de Estado, con presidencia rotativa, cuyas funciones incidían de manera directa sobre las formas, condiciones y sectores de la inversión extranjera.
- El establecimiento de criterios en el artículo 13, para la autorización de la inversión extranjera.
- La definición en su artículo 2o., de la inversión extranjera como:
 - I. Personas morales o extranjeras;
 - II. Personas físicas extranjeras;
 - III. Unidades económicas extranjeras sin personalidad jurídica y;
 - IV. Empresas mexicanas en las que participe mayoritariamente capital extranjero o en la que los extranjeros tengan, por cualquier título, la facultad de determinar el manejo de la empresa."
- Tal vez, el más significativo logro de la ley haya sido conjuntar y codificar el marco legal de la materia, ya que éste se encontraba disperso en diversas leyes sustantivas.

"En 1988, la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras adoptó una Resolución General que sistematizó y actualizó todas las Resoluciones que había aprobado

⁴⁷ Cfr. LUSTIG; Nora. Mexico: The Remaking of an Economy. 1ª edición. Editorial The Brookings Institution, Washington, 1993.

hasta esa fecha. Estas se referían al funcionamiento de la CNIE y facultades de su Secretario Ejecutivo; a los criterios para la aplicación de la Ley; a la participación extranjera en la administración de las empresas en su capital, en maquiladoras, en empresas medianas y pequeñas, en fideicomisos, en nuevos establecimientos, en nuevos campos de actividad económica y nuevas líneas de productos.”⁴⁸

Con posterioridad, la propia Comisión emitió 5 resoluciones generales más, para un total de 6 que continúan vigentes a la presente fecha.⁴⁹

2.3.2 EL REGLAMENTO PARA PROMOVER LA INVERSION MEXICANA Y REGULAR LA INVERSION EXTRANJERA (1989).⁵⁰

⁴⁸ DIAZ, Luis Miguel. Globalización de las Inversiones Extranjeras. Op. Cit. pág. 40

⁴⁹ Resolución General Número 1 que Establece un Procedimiento Expedito para que la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras Emita Resoluciones Específicas y Resolución General Número 2 que Establece Criterios para la Aplicación de Diversas Disposiciones de Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera publicadas en el Diario oficial el 21 de junio de 1989. Resolución General Número 3 que Establece Criterios y Mecanismos Especiales para la Aplicación de Diversas Disposiciones del Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera en Relación con la inversión Neutra publicada en el Diario Oficial de 9 de agosto de 1990. Resolución General Número 4 que Establece el Régimen para los inversionistas que tengan Concertados Compromisos Metas y Programas con la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, su Secretario Ejecutivo o la Dirección General de Inversiones Extranjeras de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, a la Fecha de Entrada en Vigor del Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, de Acogerse a Compromisos, Metas y Programas Similares a los Señalados en el Artículo 5o. del Mismo Ordenamiento publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de septiembre de 1990. Resolución General Número 5 que Establece las Reglas para la Participación de la Inversión Extranjera en las Actividades del Sector Energía Eléctrica que No Constituyen Servicio Público, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de Septiembre de 1993. Resolución General Número 6 que Establece las Reglas para la Participación de la Inversión Extranjera en las Actividades de Administración Portuaria Integral, de Operación Portuaria y de Prestación de Servicios Portuarios publicada el primero de noviembre de 1993.

⁵⁰ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 16 de mayo de 1989.

Para algunos autores el reglamento constituyó en su tiempo (hace casi diez años) un avance notable para alentar la inversión extranjera en nuestro país.⁵¹

La reforma salinista buscaba dentro de este rubro ofrecer certidumbre, permanencia transparencia y seguridad.

Uno de los adelantos a destacarse es la figura de la afirmativa ficta. Es decir, en los casos que solicitudes de autorización hechas por sociedades o empresas extranjeras no sean contestados por la Secretaría correspondiente, se considerará otorgada la autorización.⁵²

Destaca también, la creación del Comité para la Promoción de la Inversión en México como órgano consultivo de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial y de concertación.⁵³

Este reglamento permaneció hasta de septiembre de 1998 cuando fue abrogado por el reglamento hoy vigente.

2.3.3 LEY DE INVERSION EXTRANJERA (1993).⁵⁴

⁵¹ Id. También SANDRINO, Gloria. "The NAFTA Investment Chapter and Foreign Direct Investment in Mexico: A Third World Perspective" Op. Cit. LUSTIG, Nora. Mexico: The Remaking of an Economy. Op. Cit.

⁵² Artículo 2o. párrafo cuarto.

⁵³ Artículo 41 del Reglamento.

⁵⁴ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1993.

El origen de la Ley de Inversión Extranjera hoy vigente en nuestro país, se atribuye a diversos factores de entre los que destaca la "presión del exterior" por conseguir la creación de mejores condiciones en cuanto a la inversión extranjera en nuestro país. Al hablarse de presión del exterior, es casi obvio que nos referimos a la ejercida por los Estados Unidos de América que es sin lugar a dudas, el país que más influencia tiene sobre el nuestro. La promulgación de la ley fue percibida como signo de buena voluntad mexicana, como un paso tendiente a la apertura y antesala del tratado de libre comercio.

Son de destacarse los siguientes puntos:

1. Existen 3 tipos de inversiones: mexicana, extranjera y neutra.⁵⁵
2. Existen actividades reservadas al Estado mexicano conforme a lo previsto en los artículos 25 y 28 de la constitución.⁵⁶
3. Existen actividades reservadas a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros.⁵⁷
4. En términos generales se equipara la inversión realizada por inmigrados a la mexicana.⁵⁸
5. La utilización del Fideicomiso como instrumento legal para adquirir dominio sobre inmuebles ubicados dentro de la zona restringida.⁵⁹

⁵⁵ Artículos 2º., 6º. y 18 de la Ley de Inversión Extranjera.

⁵⁶ Artículo 5º. de la Ley de Inversión Extranjera.

⁵⁷ Artículo 6º. de la Ley de Inversión Extranjera.

⁵⁸ Artículo 3º. de la Ley de Inversión Extranjera.

⁵⁹ Artículos 10 al 14. de la Ley de Inversión Extranjera.

6. La permanencia de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras creada con la ley anterior, como órgano a nivel ministerial encargado de la creación y aplicación de normas relacionadas con la inversión extranjera.⁶⁰
7. El Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.

2.3.4 REGLAMENTO DE LA LEY DE INVERSION EXTRANJERA Y DEL REGISTRO NACIONAL DE INVERSIONES EXTRANJERAS.

Recientemente, el 8 de septiembre de 1998, finalmente se publicó en el Diario Oficial de la Federación el tan esperado reglamento de la Ley de Inversión Extranjera.⁶¹

La ventaja de este instrumento legal, estriba en que fue pensado precisamente para la ley vigente, a diferencia del reglamento anterior que si bien tenía una visión futurista, era ciertamente ambiguo, por haberse creado 16 años después de la ley que reglamentaba y dentro de un contexto de franca apertura económica.

Esta vez es de destacar lo siguiente:

1. Desaparece el Comité para la Promoción de la Inversión en México.
2. Se definen los alcances de la petroquímica básica.

⁶⁰ Artículos 2º . y 23 a 30 de la Ley de Inversión Extranjera.

⁶¹ El artículo 1º transitorio disponen que el reglamento entrará en vigor a los 20 días hábiles siguientes a la fecha de su publicación excepto el párrafo cuarto del artículo 18 que entrará en vigor

3. Para los casos de cambio de razón o denominación social, es ahora necesario presentar ante la Secretaría de Relaciones Exteriores ("SRE") el acta de asamblea de accionistas por motivo de la cual se acordó dicho cambio.
4. Se deberá acreditar a la SER dentro de los 6 meses siguientes a su expedición, el uso de los permisos otorgados para la constitución de nuevas sociedades o modificación de razón social (vacatio legis hasta 8/III/99).
5. A diferencia del reglamento anterior que era omiso, en este se prevé que para la emisión de acciones serie neutra, es necesario contar con autorización de la SECOFI y señala los requisitos de la solicitud correspondiente.
6. Se establecen procedimientos administrativos que deberán seguir los extranjeros que deseen adquirir inmuebles fuera de la zona restringida u obtener concesiones para la explotación de aguas en territorio nacional, así como a las instituciones fiduciarias respecto de los fideicomisos cuyo objeto sean bienes inmuebles ubicados en la zona restringida.
7. Se amplían las obligaciones a las instituciones fiduciarias para el caso de fideicomisos de administración adquiridos para fines residenciales y donde los extranjeros o sociedades controladas por extranjeros participen como fideicomisarios; entre otras se establece la de presentar reportes anuales a la Dirección General de Inversiones Extranjeras respecto del cumplimiento de los fines de los fideicomisos.
8. Se incrementan los requisitos que se deben proporcionar al Registro

Nacional de Inversiones Extranjeras por parte de personas físicas o morales extranjeras y de las sociedades mexicanas con capital extranjero, para inscribirse y mantener actualizada la información de dicho registro. Por ejemplo, es necesario proporcionar datos para determinar el valor de los ingresos y egresos derivados de nuevas aportaciones o retiro de éstas que no afecten el capital; retención de utilidades del último ejercicio fiscal y disposición de utilidades retenidas acumuladas, o préstamos por pagar o por cobrar a subsidiarias residentes en el extranjero, a la matriz en el extranjero; a inversionistas extranjeros no residentes en México, datos corporativos, contables, financieros, de empleo, de producción y relativos a la actividad económica de cada establecimiento de la persona inscrita.

2.3.5 TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE

Promulgado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 1993, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte o TLCAN por sus siglas en español, que entró en vigor el tristemente célebre día 1 de enero de 1994,⁶² tiene como objetivo entre otros, "asegurar un marco previsible para la planeación de las actividades productivas y de la inversión así como crear nuevas oportunidades de empleo, mejorar las condiciones laborales y los niveles de vida en los territorios de los países signatarios."⁶³

⁶² Recuérdese que precisamente en esa fecha, estalló el levantamiento armado en Chiapas.

Toda vez que su legal incorporación al sistema jurídico mexicano y la importancia económica que reviste no son objeto de este estudio, nos limitaremos a analizar de manera puntual el marco legal de la inversión extranjera que se establece en el capítulo XIX.

2.3.5.1 Definición

Las definiciones como en todos los tratados, son de suma importancia, por lo que el Tratado de Libre Comercio de América del Norte en su artículo 1139 dispone que inversión significa:

- a) una empresa;
- b) acciones una empresa;
- c) instrumentos de deuda de una empresa:
 - i) cuando la empresa es una filial del inversionista o
 - ii) cuando la fecha del vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres años, pero no incluye una obligación de una empresa del Estado independientemente de la fecha original del vencimiento.
- d) un préstamo a una empresa
 - i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o
 - ii) cuando la fecha del vencimiento original del préstamo de deuda sea por lo menos de tres años, pero no incluye un préstamo a una empresa del Estado independientemente de la fecha original del vencimiento.
- e) una participación en una empresa que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;
- f) una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que este no derive de una obligación o un préstamo excluido conforme a los incisos c) o d).

⁶³ Preámbulo del TLCAN pág. 1.

g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangible adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales y

h) la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte entre otros, conforme a:

i) contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de otra Parte, incluidos las concesiones, los contratos de concesión o de llave en mano o,

ii) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa;

2.3.5.2 Principios

El TLCAN opera bajo ciertos principios hoy comunes a nivel internacional en los tratados comerciales. "La No Discriminación es el principio fundamental sobre el que descansan los demás, ya que tal principio engloba los de: la nación más favorecida (NMF), trato nacional (TN) y trato mínimo (TM). En términos generales, cada país TLCAN está obligado a otorgar un trato a la inversión proveniente de cualquiera de los otros países TLCAN de la misma manera."⁶⁴

2.3.5.2.1 La Nación más Favorecida

⁶⁴ LOPEZ GONZALEZ, Francisco. . "El Capítulo 11 del TLCAN y la Posición Tradicional de México Respecto a la Inversión Extranjera.." Op. Cit., pág. 40.

En virtud del principio NMF⁶⁵, cada Parte está obligada a otorgar a las inversiones de otra de las Partes, un trato no menos favorable que el que otorga a las inversiones de otra de las Partes o de cualquier Estado no parte.⁶⁶

Este principio deriva de las disposiciones del GATT, que es un tratado eminentemente comercial, por lo que su uso en materia de inversiones resulta un tanto innovador.⁶⁷

Debemos tener en cuenta que los artículos 103, 308 y 1406 entre otros del TLCAN, se refieren precisamente a este principio, que podemos considerar fundamental.

Respecto de los alcances del principio, consideramos importante subrayar —no profundizar puesto que no nos corresponde— la existencia de potenciales conflictos con socios comerciales de nuestro país como aquellos países latinoamericanos con lo que se han suscrito convenciones sobre la materia. Sin

⁶⁵ Art. 1103 TLCAN.

⁶⁶ Yolanda Frías afirma que "Es aquella que se incluye en tratados de carácter comercial, entre dos o más Estados, para que en el supuesto de conceder uno de los signatarios en uno o ulteriores convenios, beneficios mayores a otra *nación*, éstos queden automáticamente incorporados, en tal aspecto al tratado previo. También se consideran otorgadas por esta cláusula, las franquicias o ventajas en vigor al firmarse el acuerdo. Por medio de esta disposición en tratados comerciales se extienden los beneficios arancelarios, convenidos por los firmantes, a todos los demás Estados que participen en el sistema recíproco. Así, los arreglos de este tipo, extendidos a otros países, por cualquier signatario, se aplicarán en forma automática a las partes originales. Con esto se pretende evitar la discriminación, en materia comercial entre terceros Estados, ya que concede a todos tratamiento similar. La inserción de esta cláusula significa que las partes no tratarán de establecer un arreglo bilateral preferente que cause discriminación contra otros asociados." "Cláusula de la Nación Más Favorecida" en Instituto de Investigaciones Jurídicas (comp) Diccionario Jurídico Mexicano supra nota 37 pp. 480-481.

⁶⁷ Cfr. a LOPEZ GONZALEZ, Francisco. "La Evolución del Mecanismo de Solución de Controversias de Comercio Internacional: Del GATT a la OMC." Op. Cit.

embargo, la mayor preocupación surge con respecto a los integrantes del Asociación Latino Americana de Integración.⁶⁸

2.3.5.2.2 Trato Nacional

El principio de Trato Nacional establece que cada Parte deberá tratar la inversión extranjera en la manera en que trata a la inversión nacional.⁶⁹ García Moreno y Silva Silva argumentan que el trato nacional está enfocado "a los inversionistas en sí, en su calidad de personas (físicas o morales) y, también, a las inversiones de éstos, siempre que se encuentren en circunstancias similares con los nacionales en lo que respecta al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones."⁷⁰

2.3.5.2.3 Trato Mínimo.

⁶⁸ "La razón de nuestra preocupación consiste en que algún país vinculado con el nuestro por la cláusula de la nación más favorecida, y dentro del marco de la ALADI, pudiese considerar algún derecho a su favor para exigirnos la transmisión gratuita e incondicional de los beneficios y favores otorgados en el TLC a Estados Unidos y Canadá." CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo. "La Cláusula de la Nación Más Favorecida y su Adecuación al TLC en el Marco de ALADI." p.104.

⁶⁹ Art. 1102. Cfr. a LOPEZ GONZALEZ, Francisco. "El Capítulo 11 del TLCAN y la Posición Tradicional de México Respecto a la Inversión Extranjera." Op. Cit.

⁷⁰ GARCIA MORENO & SILVA SILVA. El Arbitraje como Medio de Solución de Controversias en Materia de Inversiones en el TLC. Tijuana: Universidad Autónoma de Baja California, 1993.

El principio de Trato Mínimo consiste en que una Parte otorgue a la inversión de otra Parte *trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo así como protección y seguridades plenas.*⁷¹

Este es uno de los punto más destacados del tratado, ya que se dice que rompe con la posición tradicional de México respecto del trato a la inversión extranjera y viene a derogar o por lo menos a hacer de la disposición constitucional que incorpora la Doctrina Calvo, letra muerta.⁷²

2.3.5.2.4 Transferencia de Fondos

Las transferencias de dinero constituyen el *flujo vital de una inversión*. La regulación específica se encuentra en el artículo 1109 y se dice que "a través de esta disposición el TLCAN garantiza que los inversionistas puedan obtener moneda extranjera a precios de mercado para realizar pagos asociados con sus inversiones."⁷³

2.3.5.2.5 Expropiación y Compensación.

Este es otro de los temas más cuestionados y cuestionables respecto a la posición tradicional de nuestro país. Algunos autores consideran este rubro como

⁷¹ Art. 1105.

⁷² Cfr. LOPEZ GONZALEZ, Francisco. . "El Capítulo 11 del TLCAN y la Posición Tradicional de México Respecto a la Inversión Extranjera." Op. Cit..

el rompimiento fundamental con la posición mexicana largamente sostenida — desde 1938— a nivel internacional.⁷⁴ El debate ha sido referido en términos generales en el apartado referente a Antecedentes (*supra* 2.2) y hoy existe una disposición expresa (art. 1110) en la convención bajo análisis que dispone:

"1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación) salvo que sea:

- a) por causa de utilidad pública;
- b) sobre bases no discriminatorias;
- c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y
- d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.

2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada justo antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación), y no reflejará ningún cambio con el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de los bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.

3. El pago de la indemnización se hará sin demora y se hará completamente liquidable."

2.3.6 LA CONVENCION DE LA ORGANIZACIÓN DE COOPERACION Y DESARROLLO ECONOMICOS.

El famoso "Club de los Ricos" integrado por los 24 países económicamente más

⁷³ PRICE, Daniel M. "An Overview of NAFTA Investment Chapter: Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement." The International Lawyer. Fall 1993 p. 729.

⁷⁴ *Id.*

poderosos del orbe aceptó en 1994 a México como su miembro número 25.⁷⁵ En efecto, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos mejor conocida por sus siglas como OCDE, abrió sus puertas a México por virtud de la suscripción de la Declaración del Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sobre la Aceptación de sus Obligaciones como Miembro de la misma, llevada a cabo por el entonces presidente Carlos Salinas de Gortari.⁷⁶

Sobre la naturaleza de la OCDE no abundaremos ya que está fuera del ámbito de estudio del presente trabajo.⁷⁷ Nos limitaremos a comentar los alcances de 2 documentos surgidos del seno de la Organización que son de fundamental relevancia para la inversión extranjera. A saber: La Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales de 21 de junio de 1976 y la Guía de la OCDE sobre Empresas Multinacionales de 1986.

Estos documentos no constituyen tratados internacionales por lo que no revisten carácter vinculatorio. Se trata más bien de manifestaciones cuyo peso recae dentro de lo que se denomina *soft law* en el derecho internacional. En el Informe sobre la Revisión de la Guía correspondiente a 1979, se destaca que para entender o conocer la naturaleza de la propia guía, habrá que tenerse en cuenta

⁷⁵ Hoy la OCDE cuenta con 34 países miembros.

⁷⁶ La citada declaración fue aprobada por la cámara de Senadores el diez de mayo de 1994. El decreto promulgatorio fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de julio de 1994.

⁷⁷ Según SEARA VAZQUEZ "como consecuencia del Plan Marshall de ayuda económica a Europa, fue creada la organización Europea de Cooperación Económica (OECE), por el acuerdo firmado el 16 de abril de 1948. En París, se firmó el 1 de diciembre de 1960, un tratado sustituyendo la OECE por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (sic). Los fines de esta nueva organización son los de llevar a los países miembros el más alto grado de desarrollo económico y de empleo, promover la expansión económica de los países miembros y no miembros, y contribuir

el párrafo 6 de la misma.⁷⁸

Si bien la Guía no es legalmente vinculatoria, tiene el peso de una recomendación hecha por los gobiernos de los países miembros, a las empresas transnacionales y representa la firme expectativa del comportamiento de éstas. En otras palabras, si bien la Guía no puede hacerse valer legalmente, tampoco puede ser infringida, inobservada o violada de manera legítima.

Uno de los puntos más importantes respecto de la Guía era su susceptibilidad a ser "rigidizada" es decir, a convertirse en "*hard law*." Si bien lo anterior en algún momento pudo creerse inalcanzable, las condiciones del actual acontecer económico mundial han permitido la evolución de esta idea y hoy, se ha dado un gran paso en el camino de la regulación internacional de la inversión extranjera. Precisamente auspiciado por la OCDE, se negocia el más ambicioso proyecto multilateral en esta materia, a saber; el Acuerdo Multilateral de Inversión.

El texto del proyecto que se negocia contiene temas ya clásicos dentro de la materia como el trato nacional, trato de la nación más favorecida y requisitos de desempeño y también temas nuevos como la privatización y monopolios y/o

a la expansión del comercio mundial sobre bases multilaterales y no discriminatorias." Derecho Internacional Público. 7ª edición Editorial Porrúa, S.A., México. 1991, pág. 172.

⁷⁸ "The Guidelines set out below are recommendations jointly addressed by Member countries to multinational enterprises operating in their territories. These Guidelines, which take into account the problems which can arise because of the international structure of these enterprises, lay down standards for the activities of these enterprises in the different Member countries. Observance of the Guidelines is voluntary and not legally enforceable. However, they should help to ensure that the operations of these enterprises are in harmony with national policies of the countries where they operate and to strengthen the basis of mutual confidence between enterprises and States."

empresas del Estado.⁷⁹

Por su parte, Yvonne Stinson Ortiz quien fuera titular de la Sección Mexicana del Secretariado del TLCAN, asegura que bajo los auspicios de la organización en comento, "desde mayo de 1995 se viene negociando el Acuerdo Multilateral de Inversión (MAI), que pretende ser el marco para la inversión extranjera, con reglas claras y uniformes y estableciendo un mecanismo efectivo de solución de conflictos que surjan de los aumentos en los flujos de inversión.

Su propósito es facilitar la internacionalización del flujo de capitales, de la tecnología y de la transmisión de la experiencia administrativa, aspectos que benefician tanto al país que invierte como al país receptor de la inversión. El MAI se integra de un conjunto de reglas que facilitan el acceso al mercado, otorgan seguridad jurídica a los inversionistas y hacen a los países receptores más atractivos a la inversión al desaparecer restricciones. El proceso de acceso al acuerdo estará abierto a partir de abril de 1998, tanto para los países miembros de la OCDE, como para los no miembros, pues ésta no posee poder legal o supranacional (sic). Los países que conforman a la OCDE representan la principal fuente de flujos de inversión extranjera directa, cerca del 85 por ciento, y en captación de este tipo de inversión registran el 65 por ciento.

La OCDE es el 'laboratorio de comercio internacional', un foro para revisar, recopilar información y analizar temas de gran impacto en la política económica y

⁷⁹ Cfr. <http://www.essential.org/monitor/mai/two.html>

social de los países integrantes. Por lo anterior, el acuerdo es decir el MAI pasaría a ser la referencia obligada, cuando inicien en materia de inversión en la Organización Mundial del Comercio (OMC), que ampliarían el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS) y el Acuerdo Sobre Medidas de Inversión Relativas al Comercio (TRIMS).⁸⁰

⁸⁰ STINSON ORTIZ, Yvonne. "Acuerdo Multilateral de Inversión" en El Financiero del miércoles 24 de diciembre de 1997. Pág. 25

3. 3. MEDIOS TRADICIONALES PARA SOLUCIONAR CONTROVERSIAS RELATIVAS A INVERSIONES

3.1 PROTECCION DIPLOMATICA

El fenómeno de la expansión económica y financiera de los grandes países europeos durante buena parte del siglo XIX en los países menos desarrollados trajo consigo una teoría y un cuerpo de instituciones en el campo internacional. El desenvolvimiento de la teoría de la intervención, durante esa misma centuria, cooperó eficazmente para dar sostén a tales instituciones y para impartirles una aparente legalidad. A la vez, el florecimiento de la institución diplomática durante la misma centuria contribuyó igualmente a la formación de normas alrededor del tratamiento a los extranjeros domiciliados en países de escaso desarrollo, sobre todo naciones americanas. De esa suerte, las potencias hicieron sentar el principio de que un daño causado a uno de esos extranjero en su persona o en su patrimonio, es una injuria que lastimaba el prestigio de esas potencias y debe repararse, en ocasiones con mucha desproporción a la lesión recibida.

Para apoyar las reclamaciones de sus connacionales ante los países atrasados, surgió la práctica conocida con el nombre de "interposición diplomática" nombrada también de manera indebida, la "protección diplomática", que consiste

en las representaciones hechas ante las autoridades por agentes diplomáticos, en nombre de esos compatriotas supuestamente dañados, que se pretendió fundamentar en el derecho de intervención, primero y cuando ésta quedó desacreditada, en vagos principios de honor nacional, de utilidad económica del extranjero y de su patrimonio hacia el Estado de origen, etc. Bajo ciertos y prudentes límites es posible reconocer la validez jurídica a la institución de la interposición diplomática en favor de los extranjeros, como cuando se dedica a remover una causa de fricción, o cuando se utiliza para prevenir un atentado, pero actualmente, por lo menos en América se ha desprestigiado, porque lleva consigo la semilla de su propia destrucción. No puede alegarse que hoy constituya un sistema apto para lograr para el extranjero un tratamiento preferencial. Por el contrario su empleo en los tiempos actuales es causa de irritación en las relaciones internacionales.⁸¹

3.2 CONSULTAS Y/O NEGOCIACIONES

Son discusiones sostenidas directamente entre las partes contendientes con el fin de encontrar una solución a través del diálogo sin requerir de terceras partes. Consideraciones políticas más que argumentos legales permean dichas discusiones, pero los argumentos legales son frecuentemente aducidos para apoyar la posición negociadora de las parte.

⁸¹ SEPULVEDA, C. Derecho Internacional. Op. Cit.

Las negociaciones son la vía de solución de disputas diplomática por excelencia. Por regla general, los negociadores son diplomáticos de las partes en conflicto.⁸²

"En el *Mavrommatis Palestine Concessions Case* (1924) la Corte Permanente declaró que el procedimiento de negociaciones debía agotarse antes de llevar el caso a la Corte."⁸³

Las negociaciones son la forma más común de solucionar controversias y frecuentemente el resultado cuando es exitoso se plasma en un documento con fuerza legal similar a la de un tratado.⁸⁴

Respecto de las "CONSULTAS," compartimos el criterio de Fernando Serrano Migallón en el sentido de que éstas son una especie dentro del género de las negociaciones que se utilizan básicamente para prevenir el surgimiento de disputas.⁸⁵

⁸² Cfr. WITKER, J. "Panorama General de Solución de Controversias en el Comercio Internacional Contemporáneo" en WITKER, J. (Editor) Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte. (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994), pág. 19 y SERRANO MIGALLON, F. "El Mecanismo de Solución de Controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte." en WITKER, J. (Editor) Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte. (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994). pág. 83.

⁸³ MacLEAN, R. Public International Law. 5ª edición. Editorial HTL PUBLICATIONS. Londres 1992, pág. 252.

⁸⁴ Cfr. Id.

⁸⁵ Cfr. SERRANO MIGALLON, F. "El Mecanismo de Solución de Controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte." Op. Cit..

3.3 INVESTIGACION

Las partes contendientes pueden en ocasiones acordar nombrar un órgano imparcial para que realice una investigación o respecto de los hechos alrededor al asunto. El objeto de un informe así rendido, es facilitar un arreglo negociado. Ambas Convenciones de la Haya sobre Arreglo Pacífico de Disputas, tanto la de 1899 como la de 1907, contienen disposiciones para la formación de comisiones investigadoras. Estos procedimientos no implican la de recomendaciones para el arreglo del problema.⁸⁶

La Resolución 2329 (XXII) de 1967 de la Asamblea General de la ONU, exhortó a sus Miembros a hacer mayor uso de los procedimientos de investigación en la solución de controversias internacionales. Sin embargo, la comunidad internacional ha reconocido que la utilidad de este tipo de investigaciones es muy limitada, particularmente en aquellos casos en que los hechos que rodean un asunto no están en disputa.⁸⁷

Cesar Sepúlveda ilustra a la investigación refiriéndose al *Dogger Bank case* (1904-1905), que versa sobre el paso de una flota rusa cerca de las islas británicas que confundió a algunos barcos pesqueros del Reino Unido con barcos de guerra japoneses y los hundió. El exitoso resultado de la Comisión de

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ Idem.

Investigación encargada del caso llevó a la creación de una comisión similar pero de carácter permanente en La Haya en 1907.⁶⁸

Desde nuestro punto de vista, la investigación no constituye *per se* un medio para solucionar controversias, sino un instrumento para allegarse de información y estar en condiciones de emitir una decisión o llegar a una conclusión lo más justa posible.

3.4 BUENOS OFICIOS

Una oferta de buenos oficios conlleva la posibilidad de intercesión de una tercera parte neutral en la disputa a efecto de establecer contactos directos entre las partes, con el fin último de llevar a negociaciones directas. La propuesta para los buenos oficios puede ser hecha por un individuo o por un cuerpo o agencia. El objetivo del tercero es el de reunir a las partes para facilitar discusiones sin convertirse en parte de las negociaciones.

Se dice que debido que los Buenos Oficios cesan en tanto el objetivo de reunir a las partes contendientes se da, por lo que los órganos internacionales son más proclives a nombrar comisiones de mediación en lugar de buenos oficios.⁶⁹

⁶⁸ Cfr. SEPULVEDA, C. Derecho Internacional. Op. Cit. pág. 388

⁶⁹ SERRANO MIGALLON, F. "El Mecanismo de Solución de Controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte." Op. Cit. pág. 80.

El artículo 30 de la Convención de la Haya de 1907 para el Arreglo Pacífico de Conflictos Internacionales dispone que:

“las potencias signatarias consideran útil y deseable que una o varias potencias ajenas al conflicto, ofrezcan, por su propia iniciativa en cuanto las circunstancias se presten para ello, sus buenos oficios o su mediación a los Estados en conflicto. Las potencias ajenas al conflicto tendrán el derecho de ejercer los buenos oficios o la mediación, aún durante el curso de las hostilidades.”

3.5 MEDIACION

Esta requiere de un grado más alto de participación de un tercero que los buenos oficios, pero esencialmente es un intento de reunir a las partes, sugerir y posteriormente comunicar propuestas alternativas para la solución de la controversia e tratar reconciliar las posiciones de las partes. Las sugerencias de los mediadores no tienen efectos vinculatorios.

3.6 CONCILIACION

Consiste en la participación de terceros imparciales o neutrales en la formulación de propuestas para la resolución de disputas internacionales. Este procedimiento requiere por lo general de un intento de reconciliación de los puntos de vista de

las partes contendientes aunque una vez más, las propuestas de los conciliadores no tienen efectos vinculatorios.⁹⁰

Algunos tratadistas afirman que es uno de los medios para solucionar controversias más antiguos del mundo con gran significación en el llamado lejano Oriente ya que la contraposición de argumentos jurídicos antagónicos es evitada.⁹¹

Según Cesar Sepulveda, la conciliación tiene su origen en los Tratados Bryan⁹², cuyas disposiciones fueron posteriormente incorporadas al Pacto de la Liga de las Naciones en su artículo 12.⁹³

Las Convenciones de la Haya anteriormente mencionadas prevén mecanismos y reglas para la formación de comisiones de conciliación. Tales cuerpos únicamente podrán ser constituidos con el consentimiento mutuo de las partes y tienen por lo general la consigna de investigar y reportar los hechos alrededor del caso. En relaciones internacionales contemporáneas, un gran número de organizaciones internacionales han adoptado este tipo de procedimientos como el principal medio para solucionar controversias.⁹⁴

⁹⁰ Id. y Cfr. Mac LEAN supra nota 82.

⁹¹ Cfr. SERRANO MIGALLON, F. "El Mecanismo de Solución de Controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte." Op. Cit. pág. 80

⁹² "Por virtud de estos pactos, que se suscribieron alrededor de 1914 entre los Estados Unidos y varios países de América Latina, las partes se comprometen a no recurrir a los medios hostiles sino hasta que se hubiera hecho público el informe de la Comisión de Conciliación." SEPULVEDA, C. Derecho Internacional. Op. Cit.

⁹³ Recuérdese que el Pacto fue adoptado el 28 de abril de 1919 como parte del Tratado de Paz de Versalles. Cfr. nuevamente a SEPULVEDA, C. Ibid. pág. 283.

⁹⁴ Id.

Para Silva Silva "la conciliación requiere de mediación, pero además de la *proposición de fórmulas* por parte del tercero extraño para que las partes solucionen su conflicto."⁹⁵

En ese mismo sentido, Serrano Migallón afirma que "la diferencia entre la mediación y la conciliación estriba en el órgano que la ejerce. El conciliador es designado por acuerdo de las partes, para investigar los hechos y sugerir fórmulas de investigación, la conciliación es más formal y menos flexible que la mediación."⁹⁶

En materia comercial, el GATT y hoy la OMC prevén la posibilidad de que sus Miembros ocurran tanto a los Buenos Oficios, como a la Conciliación y la Mediación aún cuando el procedimiento "ordinario" dispuesto por el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias se esté llevando a cabo.⁹⁷

El numeral 5.6 del referido Entendimiento dispone que:

⁹⁵ SILVA SILVA, J. El Arbitraje Comercial Internacional en México. 1ª edición. Editorial Pereznielo Editores. México. 1994, pág. 12.

⁹⁶ SERRANO MIGALLON, F. "El Mecanismo de Solución de Controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte." Op. Cit. pág. 81

⁹⁷ Para una visión general de los mecanismos de solución de controversias GATT-OMC, véase a LOPEZ GONZALEZ, F. . "La Evolución del Mecanismo de Solución de Controversias de Comercio Internacional: Del GATT a la OMC." Op. Cit..

"El Director General, actuando de oficio, podrá ofrecer sus buenos oficios, conciliación o mediación para ayudar a los Miembros a resolver la diferencia."⁹⁸

3.7 FUNDAMENTO LEGAL DE LOS LLAMADOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE DIFERENDOS.

Si bien las Conferencias de la Paz de la Haya de 1899 y 1907, preveían disposiciones relativas a los medios de solución de disputas antes señalados, en la actualidad el fundamento jurídico a nivel multilateral más importante que los establece como tales, es el artículo 33 de la Carta de San Francisco que dispone que:

"1. Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de sus elección."

2.- El Consejo de Seguridad, si lo estimare necesario instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios."

En este sentido y aunque se encuentra fuera del objeto del presente estudio, nos permitimos señalar nuestra inconformidad con la denominación de "Medios o Métodos Alternos o Alternativos de Solución de Controversias" con que generalmente se etiqueta a esos medios, ya que como se desprende del artículo

⁹⁸ El Entendimiento es parte de los acuerdos del Acta Final de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Internacionales auspiciada por el GATT que fue aceptada en Marrakech el 15 de abril de 1994, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1994.

33 arriba transcrito, la negociación, la mediación, la conciliación, los buenos oficios y la investigación, son propiamente medios para solucionar diferendos.

3.8 ARBITRAJE

Antes de abordar el tema de la definición o concepto del arbitraje, nos permitimos transcribir un pasaje que desde nuestra óptica resulta bastante ilustrativo respecto de la antigüedad de tal figura.

"Se dice en efecto, que el primer arbitraje llevóse a cabo por mandato de Zeus, en ocasión de haberse suscitado una cuestión acerca de quien fuera la más bella entre tres grandes deidades femeninas: Hera, Atena y Afrodita. Para decidirla el padre de los dioses ordenó a Hermes, hijo suyo y de la diosa Maya, que hiciera saber a Paris, dios joven dotado de relevantes prendas masculinas, que vivía apacentando unos bueyes en el monte Gágaro, que sería éste quien debería decidir el conflicto y entregar el premio a la que declarase vencedora, una gran manzana de oro que desde luego el propio Hermes puso en sus manos.

En un principio Paris trató humildemente de declinar su cargo, más al fin hubo de acatar el mandato de Zeus y desde luego se dispuso a cumplirlo. Al efecto mandó a las tres diosas vinieran ante él y ordenó además, que para juzgar de su belleza se le mostraran completamente desnudas. Ellas obedecieron y además, cada una a su turno en la forma más seductora posible, fue tratando de inclinar en su

favor el juicio de Paris. Así Hera, en primer lugar, tras de hacerle observar su impecable perfección estética, le prometió hacerlo señor del Asia con todas sus riquezas, si el decidiera otorgarle la codiciada manzana. Atena, por su parte, le aseguró que si el fallo le favoreciera (sic), ella lo convertiría en el más sabio, hermoso y fuerte de todos los hombres, capaz de vencer en todas las batallas. Finalmente Afrodita, además de hacerle ver de cerca su propia perfección femenina, ofrecióle a cambio del fallo a su favor, lograr para él, el amor de Helena, delicada y sublime hija de Zeus y Leda, a la que, a pesar de ser esposa de Menelao, ella podía hacer que lo abandonara para entregarse a Paris. Este tras de realizar la difícil comparación entre las tres deidades concursantes, entregó por fin la manzana de oro a la diosa del amor, Afrodita. Fue tan justa la decisión del árbitro en aquella ocasión, que desde entonces y a lo largo de los siglos, Venus-Afrodita ha sido reconocida siempre como paradigma de la belleza femenina. Además, desde aquel momento el arbitraje como forma pacífica de resolver litigios, dio prueba irrefutable de su excelencia.⁹⁹

3.8.1 Concepto de Arbitraje

En todo trabajo de investigación como el presente, generalmente se empieza por definir los conceptos básicos a los que se aludirá una y otra vez a lo largo del mismo. Así, es obvio que nos demos a la tarea de conceptualizar el arbitraje, para que, una vez que tengamos en mente de manera clara en que consiste la figura,

⁹⁹ MEDINA LIMA, I. "El Arbitraje Privado en nuestro Derecho" en Revista de la Facultad de Derecho

procedamos a analizar sus usos, funciones, y situación actual. No obstante lo anterior, el definir un concepto por lo general no es cosa fácil; de hecho podría ser lo más complicado del trabajo, razón por la cual, para lograr nuestro fin nos auxiliaremos de las ideas de varios destacados tratadistas.

Rafael de Pina Vara lo define como la "actividad jurisdiccional desarrollada por los árbitros para resolver el conflicto de intereses que les ha sido sometido por los interesados"¹⁰⁰

La definición dada por de Pina Vara no aporta gran cosa, ya que presume que los conceptos de "actividad jurisdiccional" y "árbitros" son por todos conocidos. Si lo que intentamos es definir al arbitraje no podemos, o mejor dicho no debemos referirnos a él como el procedimiento arbitral en el que los árbitros resuelven el caso ante ellos presentado. En definitiva, desde nuestro punto de vista la definición que se analiza es muy deficiente.

Francisco José Contreras Vaca afirma que es "un instrumento de impartición de justicia, acordado por las partes, por regla general, alternativo al proceso judicial."¹⁰¹

de México. Tomo XXXVIII (157-158-159) Enero-Junio 1988. Pág. 158.

¹⁰⁰ DE PINA VARA, R. Diccionario de Derecho. (México: Porrúa, S.A., 1983) pág. 95.

¹⁰¹ CONTRERAS VACA, J.F. Derecho Internacional Privado. 1ª edición. Editorial Harla, México. 1994, pág. 224.

Respecto de la definición de Contreras Vaca podemos decir que es demasiado ambigua y no desentraña la naturaleza del arbitraje. Por otra parte, en efecto, es un instrumento de impartición de justicia, también es acordado por las partes y respecto de la alternatividad al proceso judicial, podríamos señalar que es parcialmente cierto ya que por ejemplo la materia penal —que se ventila dentro de procesos judiciales— no puede ser objeto de arbitraje, característica importantísima como se verá más adelante. Contreras Vaca no habla de quienes son los individuos encargados de la función de impartición de justicia y las características que los mismos deben reunir.

Silva Silva nos dice que el arbitraje es "un medio heterosolucionador de controversias, donde un tercero es el que decide."¹⁰²

Respecto de la idea de Silva Silva debemos mencionar por principio de cuentas que si bien su obra es un excelente trabajo sobre el arbitraje comercial internacional en México, ésta nunca proporciona una definición del mismo, más bien se avoca al estudio de la *lex mercatoria* —de la que más adelante hablaremos— y las leyes nacionales que rige la materia en nuestro país, así como su aplicabilidad. Como el mismo lo menciona, el concepto que da es uno "previo" al conocimiento de la figura jurídica, ya que *a posteriori* se presume que con los elementos y análisis por él aportados, cada lector estará en condiciones de elaborar la definición que mejor le parezca. Pues bien, una vez que contextualizamos la definición de Silva Silva podemos decir que el concepto "previo" anteriormente transcrito equivale a decir nada.

Es cierto, el arbitraje es un medio heterosolucionador de controversias, pero

también lo es la vía judicial, la actuación de un tercero imparcial nada cambia ya que en la vía judicial quien resuelve —el juez— es también un tercero imparcial.

Tenemos entonces que la definición de Silva Silva no nos sirve.

Eduardo Pallares dice que "arbitraje es el que se tramita ante personas que no son jueces del Estado; o que siéndolo no actúan como tales sino como particulares."¹⁰³

La definición de Pallares es muy limitada y confusa, no permite tener elementos para entender propiamente a la figura y se presta a interpretar que el arbitraje se refiere a una situación dada en la que Jueces investidos por el Estado, pertenecientes al poder Judicial vaya, actúan en su calidad de ciudadanos comunes y no en función de su encargo, lo cual deja un gigantesco espacio para que la imaginación se encargue de determinar cual es esa "situación."

Para Adolfo Miaja de Muela el arbitraje es "la sustitución de la jurisdicción del Estado por el tribunal arbitral, la cual puede emanar de 2 fuentes distintas: del mandato del propio Estado o de la voluntad de las partes dentro de los límites establecidos por la ley."¹⁰⁴

¹⁰² SILVA SILVA, J.A. El Arbitraje Comercial Internacional en México. Op. Cit., pág. 20.

¹⁰³ PALLARES, E. Derecho Procesal Civil. 12ª edición. Porrúa, S.A. de C.V. México. 1980, pág. 533.

¹⁰⁴ MIAJA DEMUELA, A. Derecho Internacional Privado. Editorial Salvado, Madrid. 1973, Tomo II. p. 479.

Esta definición aunque incompleta nos parece correcta. Miaja de Muela se limita a decirnos que el tribunal arbitral sustituye al Estado en cuanto a sus funciones jurisdiccionales, sin dejar en claro qué es un tribunal arbitral. En cuanto al mandato del Estado para recurrir al arbitraje, sólo se nos ocurre su aplicabilidad en nuestro país en el plano no comercial en materia laboral.

Arellano nos lo define como "el sometimiento de una o varias situaciones concretas controvertidas a la decisión de personas que ejercerán la función jurisdiccional en representación del Estado, con el imperio que al Estado corresponde."¹⁰⁵

No compartimos la idea de Arellano de que las personas que ejerce la función jurisdiccional lo hacen en representación del Estado y con su imperio. Es de explorado derecho que los árbitros, es decir las personas que resuelven la diferencia ante ellas sometida, por regla general no son autoridades investidas con facultades de coacción para hacer cumplir sus determinaciones y no pueden ejecutar —como más adelante lo veremos— sus decisiones por sus propios medios.

Fernando Serrano Migallón afirma que "es un método mediante el cual las partes acuerdan someter una controversia a un tercero o a un tribunal constituido

¹⁰⁵ ARELLANO GARCIA, C. Derecho Internacional Privado. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México. 1992, pág. 894.

especialmente para tal objeto, aplicando las normas que las partes especifiquen y con la obligación de aceptar el laudo o resolución como arreglo final."¹⁰⁶

En cuanto a la posición de Serrano Migallón, la única falla que encontramos consiste en la falta de claridad en cuanto al individuo u órgano ante quien se somete la controversia, que resulta en extremo importante, ya que un tercero bien lo puede ser un juez y respecto del tribunal ni siquiera hace falta puntualizarlo.

José Luis Siqueiros lo define como "un método o una técnica mediante la cual se tratan de resolver extrajudicialmente las diferencias que puedan ocurrir o que han surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (árbitro o árbitros) los cuales derivan sus poderes del acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia."¹⁰⁷

Esta definición nos parece correcta y completa, si acaso, lo único que podríamos comentar es que a la decisión del árbitro se le denomina "laudo."

La American Arbitration Association (Asociación Americana de Arbitraje) en una de sus publicaciones denominada "A Guide to Arbitration for Business People" (Una Guía del Arbitraje para Gente de Negocios), define al arbitraje como "el sometimiento de una disputa a una o más personas imparciales para que emitan

¹⁰⁶ SERRANO MIGALLON, F. "El Mecanismo de Solución de Controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte." Op. Cit. pág. 83.

¹⁰⁷ SIQUEIROS, J.L. El Arbitraje en los Negocios Internacionales de Naturaleza Privada. Miguel Angel Porrúa, S.A., México. 1992, pág 7.

una decisión final y vinculatoria. Es privado e informal, diseñado para arreglos rápidos, prácticos y económicos."¹⁰⁸

El concepto dado por la Asociación Americana es de corte menos académico y más pragmático. Aunque buena desde nuestra óptica, la definición adolece de las mismas omisiones comentadas respecto a la definición de Serrano Migallón.

Por último nos referiremos a lo que nos dice el eminente maestro Don Cesar Sepúlveda, que afirma que el arbitraje es el "método por el cual las partes de una disputa convienen en someter sus diferencias a un tercero o a un tribunal especialmente constituido para tal fin, con el objeto de que sea resuelto conforme a las normas que las partes especifiquen, usualmente normas de derecho internacional y con el entendimiento que la decisión ha de ser aceptado por los contendientes como arreglo final."¹⁰⁹

La visión de publicista del maestro Sepúlveda es fácilmente detectable, ya que los elementos del arbitraje que nos proporciona tienen abiertas referencias al derecho internacional por lo que sin duda, del que escribe es de un arbitraje internacional público —que trataremos más adelante—, sin embargo la definición es correcta en términos generales.

¹⁰⁸ AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. A Guide To Arbitration for Business People. (USA: AAA, 1995) p.p. 3 y 5.

¹⁰⁹ SEPULVEDA, C. Derecho Internacional. Op. Cit. pp. 389-390.

De lo anterior y tal vez muy influenciados por Siqueiros nos aventuramos a definir al arbitraje como el método que para solucionar extrajudicialmente sus diferencias ya presentes o futuras, eligen las partes a través del sometimiento de las mismas de buena fe a un tercero, ya sea éste un individuo o un órgano colegiado no investido de imperio por el Estado, cuya decisión denominada laudo, es final y vinculatoria, alcanzada a través de un procedimiento regido por reglas establecidas de común acuerdo por las partes de la controversia.

3.8.2 Clasificación del Arbitraje

Punto fundamental para dejar bien definido el objeto de nuestro estudio es proporcionar una clasificación de los tipos de arbitraje que existen.

García Moreno y Silva Silva aseguran que "atendiendo a la calidad de los sujetos litigantes, el arbitraje puede ser público o privado. El primero es objeto de estudio del derecho internacional público, en tanto que el segundo es mayormente estudiado dentro del derecho internacional privado."¹¹⁰

Es interesante y más aún en la actualidad observar como una clasificación tan añeja puede ir perdiendo validez. Siguiendo las afirmaciones de García Moreno y Silva Silva, el arbitraje de derecho público involucra a Estados y a Organizaciones Internacionales que son en términos generales los únicos sujetos del derecho internacional público, sin embargo, se dice que los Estados intervendrán en arbitrajes —privado o públicos— dependiendo de la facultad con la que actúen. Si el Estado obra de *iure imperi*, será sujeto a un arbitraje de derecho público, pero si actúa de *iure gestionis*, el arbitraje correspondiente se regirá por el derecho privado.

¹¹⁰ GARCIA MORENO, V.C. & SILVA SILVA, J.A. . El Arbitraje como Medio de Solución de Controversias en Materia de Inversiones en el TLC. Op. Cit.

Hasta este punto la situación no parece tan compleja, en los sistemas jurídicos domésticos, cuando el Estado contrata con particulares la compra de escritorios por ejemplo, sus relaciones contractuales se rigen por las disposiciones del derecho común, situación que no se reproduce cuando el Estado otorga por ejemplo, la concesión a un particular para explotar redes publicas de telecomunicación locales u otorga permisos para el establecimiento de tal o cual empresa.

No obstante lo anterior, existen casos en los que el Estado aún obrando de *iure imperi*, puede someterse al arbitraje privado como el establecido en el capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte o el capítulo 13 del Tratado de Libre Comercio con la República de Costa Rica.

Este último punto lo retomaremos más adelante en el capítulo IV y haremos alguna breve alusión a los problemas inherentes a la soberanía.

Con el concepto de arbitraje definido y dada una muy genérica clasificación, pasamos ahora a analizar algunos los medios específicos de solución de controversias internacionales en materia de inversiones.

4. NUEVOS MECANISMOS PARA SOLUCIONAR CONTROVERSIAS RELATIVAS A INVERSIONES

4.1 TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE

El subcapítulo B del Capítulo XIX del TLCAN, marca un hito en la historia de los medios solución de controversias de los que nuestro país es parte ya que "esta es la primera ocasión en que México participa en un acuerdo internacional en el que se somete al arbitraje internacional para la solución de controversias."¹¹¹

Según García Moreno y Silva Silva, "los miembros del Consejo Asesor Mexicano para el TLC, antes de la firma, al estudiar los temas que integrarían el capítulo XI estimaron que lo previsto en el mismo respetaba absolutamente las normas constitucionales de nuestro país, además de que cumplía con las necesidades de cada uno de los tres países parte."¹¹²

Situación que contrasta con la posición de algunos autores que consideran que el procedimiento arbitral previsto en el capítulo XI, contraviene la disposición constitucional que materializa la doctrina Calvo.

¹¹¹ Ibid. 23.

Retomaremos el tema más adelante mientras que a continuación estudiaremos lo referente al arbitraje como medio solucionador de controversias en tratándose de inversiones.

Un importantísimo papel dentro del Subcapítulo B del Capítulo 11 del TLCAN, lo juega el artículo 1115 que establece la finalidad del mecanismo y a la letra reza:

Artículo 1115. Objetivo

Sin perjuicio de los derechos y obligaciones de las Partes establecidos en el Capítulo XX, "Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias", esta sección establece un mecanismo para la solución de controversias en materia de inversión que asegura, tanto trato igual entre inversionistas de las Partes de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional, como debido proceso legal ante un tribunal imparcial.

De acuerdo con Silva Silva y García Moreno, "el enjuiciamiento arbitral regulado en el TLC no difiere en mucho de otro tipo de juicios. Hay, en el mismo, una fase postulatoria, donde se presentan la demanda y la contestación; una fase probatoria, así como la fase conclusiva."¹¹³

La condición previa a la presentación de la demanda consiste en el aviso que el inversionista deberá dar al pretendido demandado sobre su intención de someter sus diferencias al arbitraje.¹¹⁴

¹¹² Ibid. pág. 6

¹¹³ Ibid. pág. 54

Una vez dado el aviso, el inversionista agraviado puede demandar arbitraje obligatorio ya sea por derecho propio o en nombre de una persona que controla, directa o indirectamente por cualesquiera de las siguientes razones:

1. Incumplimiento del gobierno de otra Parte del TLCAN de una obligación contraída conforme al Subcapítulo A.
2. Incumplimiento por parte de una empresa estatal de la otra Parte del TLCAN de sus obligaciones en términos de lo dispuesto por la Sección A o por el Capítulo XIV del TLCAN referente a servicios financieros, en ejercicio de sus facultades reglamentarias, administrativas o relativas a su actividad como parte de la administración gubernamental; y
3. Incumplimiento por parte de un monopolio estatal de otra Parte del TLCAN, de las obligaciones establecidas en el Capítulo 11.

Esta amplia disposición de jurisdicción crea una aparente dicotomía; si una empresa estatal viola las obligaciones de un inversionista de una Parte bajo el capítulo de servicios financieros, aparentemente el caso puede ser sujeto a arbitraje obligatorio como se señala en el número 2; sin embargo, si el propio gobierno viola esas obligaciones debe remitirse al capítulo XX para la solución de controversias.¹¹⁵

¹¹⁴ Artículo 1119 del TLCAN.

¹¹⁵ Cfr. GANTZ, D. "Resolución de Controversias en Materia de Inversiones Extranjeras en el

El derecho al arbitraje prescribe si han transcurrido tres años en exceso desde el momento en que conoció o debió conocer de la violación.¹¹⁶

El mecanismo establece la posibilidad de acumulación de procesos que al parecer es una disposición poco común en materia de arbitraje,¹¹⁷ así como la participación de peritos para emitir opiniones en diversas materias.

En cuanto a la ejecución de los laudos, nos limitaremos a mencionar las estipulaciones del tratado y no la significación de conceptos como el *exequatur*. A este respecto, consideramos muy ilustrativa la siguiente cita de las palabras de Silva Silva y García Moreno: "Emitido el laudo, deberá presentarse en el lugar de ejecución para que, previo procedimiento de *exequatur*, se conceda la misma.

Para el inicio del procedimiento de *exequatur*, en el TLC se adopta una fórmula relativamente diversa a la establecida en otras codificaciones. En el tratado, el laudo se presentará para su ejecución tres meses después de pronunciado, o tan pronto como se haya resuelto la reconsideración o anulación.¹¹⁸ Con esta fórmula se asegura que contra el laudo ya no cabe ningún medio impugnativo, pero el espacio de tiempo que se deja para el cumplimiento, de hecho se podría

TLCAN." Op. Cit. pág. 159. Por su parte, el artículo 1414.1 del TLCAN establece que "en los términos en que se modifica este artículo, la Sección B del Capítulo XX, "Disposiciones institucionales y procedimientos para la Solución de Controversias, se aplica a la solución de controversias que surjan respecto a este capítulo."

¹¹⁶ Artículos 1116 y 1117 del TLCAN.

¹¹⁷ Cfr. GARCIA MORENO & SILVA SILVA. El Arbitraje como Medio de Solución de Controversias en Materia de Inversiones en el TLC. Op. Cit.7 pág. 55.

considerar por la parte perdedora como un plazo de gracia.¹¹⁹

En el caso de los laudos arbitrales relativos a inversiones que deriven del TLC podrán ser reconocidos mediante el procedimiento de *exequatur* a que hacen alusión tanto la convención de Nueva York como la panameña, es decir, en los términos normales de tramitación conocidos por la doctrina y la práctica.

No obstante, en el TLC se establece una vía alternativa para obtener tanto el reconocimiento como la ejecución de laudos. Así, en lugar de llevar el laudo ante las autoridades judiciales, el inversionista que obtuvo laudo a favor podrá presentar ante la Comisión Vigiladora del tratado una solicitud requiriendo una determinación en el sentido de que el incumplimiento o desacato en los términos del laudo definitivo es contrario a las obligaciones de este tratado, por lo que tal Comisión dispondrá una recomendación en el sentido de que la Parte (se refiere a un país contratante) se ajuste y observe el laudo definitivo."¹²⁰

Dejando atrás el procedimiento arbitral modificado por el TLCAN, el artículo 1120 es también de extrema relevancia, pues nos remite a las reglas que lo rigen, dicho artículo a la letra reza:

Artículo 1120. Sometimiento de la reclamación al arbitraje

¹¹⁸ Artículo 1136 (3) (b) del TLCAN.

¹¹⁹ Artículo 1136 (3) (b) del TLCAN.

¹²⁰ GARCIA MORENO & SILVA SILVA. . El Arbitraje como Medio de Solución de Controversias en Materia de Inversiones en el TLC. Op. Cit. pp. 56-57.
Cfr. también el Artículo 1130 del TLCAN.

1. Salvo lo dispuesto en el Anexo 1120.1 y siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con:

- a) el Convenio del CIADI, siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo;
- b) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sea Parte del Convenio del CIADI; o
- c) las Reglas de Arbitraje de CNUDMI.

Procedemos a referirnos a los convenios y reglas mencionados.

4.1.1 El Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones.

A decir de Ibrahim Shihata, los mecanismos para la solución de diferencias entre Estados e Inversionistas extranjeros han cambiado considerablemente con el transcurso del tiempo. Durante el siglo pasado y en los primeros años del actual, esas diferencias estaban sumamente politizadas y con frecuencia llevaban al ejercicio de la protección diplomática, seguido a veces del uso de la fuerza.¹²¹

Los países latinoamericanos, en particular estaban expuestos a los abusos de la protección diplomática y en ocasiones, a la intervención y ocupación armadas de

¹²¹ SHIHATA, Ibrahim. "Hacia una mayor Despolitización de las Diferencias Relativas a Inversiones. El Papel del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones y del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones." Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. No. 18, 1986-1987, pág. 233.

ejércitos extranjeros enviados por los gobiernos de los países inversionistas.¹²² La reacción de las naciones latinoamericanas se limitó a la formulación de una estructura jurídica que hiciera que las inversiones extranjeras estuvieran sujetas exclusivamente a la jurisdicción del país receptor. "Este fue el objetivo de la Doctrina Drago, que aspiraba a prohibir el uso de la fuerza para el cobro de la deuda pública de los Estados de América Latina."¹²³ Sin embargo, la teoría más famosa propuesta por los países latinoamericanos contra la institución de la protección diplomática fue como ya se apuntó, la doctrina Calvo.

Creado en virtud la Convención sobre la Solución de Controversias de Inversión entre los estados y los Nacionales de otros Estados,¹²⁴ el CIADI o ICSID por sus siglas en inglés, es una institución afiliada al Banco Mundial cuyo objeto es proporcionar un foro de resolución de conflictos en un marco en el que se procure lograr un equilibrio cuidadoso entre los intereses y las necesidades de todas las partes involucradas así como despolitizar los diferendos en tratándose de inversiones¹²⁵ y actuar como secretaria de arbitraje bajo los términos y procedimiento de la Convención.¹²⁶

¹²² Recuérdese el incidente con Francia en el siglo pasado conocido como "La Guerra de los Pasteles."

¹²³ SHIHATA, Ibrahim. "Hacia una mayor Despolitización de las Diferencias Relativas a Inversiones. El Papel del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones y del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones." Op. Cit.

¹²⁴ Cfr. a DIAZ, Luis Miguel. "La Inversión Extranjera. Promoción de la Inversión Extranjera: El MIGA" Revista de Investigaciones Jurídicas Escuela Libre de Derecho, México. 1990, pág. 485.

¹²⁵ Cfr. SHIHATA, I. "Hacia una mayor Despolitización de las Diferencias Relativas a Inversiones. El Papel del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones y del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones." Op. Cit.

¹²⁶ GANTZ, David. "Resolución de Controversias en Materia de Inversiones Extranjeras en el TLCAN." Op. Cit. pp.155-156

Una de las características más destacadas del CIADI es que su órgano supremo, el Consejo Directivo, está integrado por un representante de cada uno de los Estados contratantes. Por consiguiente, el Convenio asegura la igualdad de representación a todos los países miembros. Esta situación, ya de por sí significativa, adquiere especial importancia cuando se observa que el Consejo Administrativo aprueba el Reglamento y Reglas que rigen las actuaciones relativas a las diferencias en materia de inversiones y elige al Secretario General del CIADI.

Además, el CIADI no debe ser considerado únicamente como un mecanismo para el arreglo de diferencias relativas a inversiones. Su objetivo supremo es promover un ambiente de mutua confianza entre los inversionistas y los Estados que se muestran en favor de incrementar el flujo de recursos hacia los países en desarrollo en condiciones razonables. Al igual que el banco Mundial con el que está estrechamente relacionado, el CIADI debe considerarse como un instrumento de política internacional para el fomento de las inversiones y del desarrollo económico.

En relación con esto es preciso señalar que el Convenio de CIADI ofrece a los países en desarrollo ventajas que no pueden lograrse ni siquiera con una aplicación más amplia de la Cláusula Calvo.¹²⁷ Además de tomar en cuenta el agotamiento previo de las vías administrativas o judiciales de un Estado receptor y la aplicación nacional de ese Estado, el Convenio prohíbe al Estado del

inversionista adherirse a la reclamación de éste y por lo tanto, ejercer su derecho de protección diplomática, en tanto que un tribunal del CIADI considera o pueda considerar el asunto.

Esta consideración fundamental se encuentra incorporada en el Artículo 27 del Convenio, que prohíbe expresamente a un Estado Contratante conceder protección diplomática, o promover una reclamación internacional, respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante haya consentido en someter al arbitraje del CIADI.

Así pues, en lo referente a la protección diplomática, la aplicación de la legislación del Estado receptor y el agotamiento previo de los recursos administrativos o judiciales de éste, el Convenio del CIADI toma en consideración los intereses que impulsaron a los países latinoamericanos a adoptar la doctrina Calvo, pero va más allá. Debido a que el Convenio es un acuerdo internacional, sus disposiciones relativas al agotamiento previo de los recursos del Estado receptor y a la protección diplomática no pueden ser objeto de controversia por los Estados miembros. Equivalen al reconocimiento mediante tratado, por los países miembros exportadores de capital, de unos principios cuya existencia podrían seguir objetando fuera del marco del Convenio del CIADI. Es posible que estas características básicas del Convenio no hayan sido plenamente apreciadas por los países latinoamericanos en el pasado.¹²⁸ El Convenio del CIADI demuestra un

¹²⁷ MUCHLINSKI, Peter. *Multinational Enterprises and the Law*. Ed. Blackwell, Londres, 1995.

¹²⁸ Cfr. SHIHATA, I. "Hacia una mayor Despolitización de las Diferencias Relativas a Inversiones. El

respeto notable a las consideraciones que dieron origen a la doctrina Calvo, pero las complementa con soluciones aceptables para los Estados de los inversionistas. Sin embargo, parece que el objetivo fundamental del CIADI de "despolitizar" la resolución de las diferencias relativas a inversiones (proporcionando tanto a los Estados como a los inversionistas acceso a un foro verdaderamente neutral e impidiendo entretanto la intervención de los países de estos últimos) pasó desapercibido en los votos negativos emitidos en 1964 por los países latinoamericanos respecto de la formulación del Convenio del CIADI.

"No obstante ello, la situación está cambiando gradualmente. Hoy, Paraguay, Ecuador y El Salvador han ratificado el Convenio y, por lo tanto, son miembros del CIADI. Son también partes en tratados de inversión concertados con países como Francia o el Reino Unido, o ambos, que contienen disposiciones para el arreglo mediante arbitraje, bajo los auspicios del CIADI, de las diferencias relativas a inversiones. Además, Costa Rica y Honduras han firmado el Convenio y, aunque no lo han ratificado aún, Costa Rica ha aceptado ya, en el tratado bilateral de inversión concertado con el Reino Unido, someter al CIADI las diferencias en materia de inversiones que puedan surgir en el futuro. Aún cuando Brasil no ha suscrito el Convenio del CIADI, su Secretario General ha sido designado como autoridad competente para nombrar árbitros en numerosos acuerdos de garantía recientemente acordados por Brasil con instituciones

crediticias extranjeras en favor de entidades estatales.”¹²⁹

Por encima de todo, los procesos no sólo arbitrales sino de conciliación ofrecidos por CIADI son específicamente diseñados para el arreglo de controversias entre inversionistas extranjeros y Estados Anfitriones, mientras que la CCI y la UNCITRAL se refieren principalmente a disputas comerciales tradicionales.

El punto nodal, es sin duda el arbitraje que se erige como la función más relevante del Centro.

El Centro ofrece además un mecanismo adicional para el arbitraje y la conciliación en el que una de las partes de la disputa no sea Parte Contratante o nacional de una Parte Contratante bajo la Convención de Washington y/o en los caso en que una diferencia no se refiera a inversiones y por búsqueda de hechos (fact-finding) que no se establece en la señalada Convención.¹³⁰

4.1.1.1 Objetivos de CIADI.

La Convención de Washington surgió y fue desarrollada de las propuestas formuladas por el Consejero General del Banco Mundial en vista de las

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Es el Mecanismo Complementario del CIADI a que se refiere precisamente el inciso c) del artículo 1120.1 del TLCAN.

experiencias adquiridas con anterioridad, en virtud de sus buenos oficios para la solución de diferencias relativos a inversiones.¹³¹

Muchlinski afirma que en su reporte sobre la Convención, los Directores Ejecutivos del Banco afirmaron que la Convención ofrecería un método internacional de arreglo diseñado para tomar en cuenta las características especiales de las disputas de inversiones y de las partes a las que les sería aplicable.¹³²

Crearía facilidades para la conciliación y arbitraje por personas especialmente calificadas y parciales cuyas decisiones se tomaran de acuerdo a las reglas conocidas y aceptadas con anterioridad por las partes. En particular, una vez que las partes hubieran dado su consentimiento para someterse al arbitraje o a la conciliación bajo los auspicios de CIADI, el consentimiento no podría ser renunciado unilateralmente.

Uno de los aspectos más importantes de la Convención es que opera de manera independiente y excluyente del sistema doméstico. El papel de las cortes o tribunales domésticos está limitado al auxilio judicial del reconocimiento de los laudos de CIADI.

¹³¹ Cfr. SHIHATA, I. "Hacia una mayor Despolitización de las Diferencias Relativas a Inversiones. El Papel del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones y del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones." Op. Cit. . y MUCHLINSKI, P. Multinational Enterprises and the Law. Op. Cit.

"Los Directores Ejecutivos creían que la adhesión a la Convención por parte de un país, proporcionaría un incentivo adicional y estimularía un flujo más grande de inversión extranjera privada en su territorio. Este es era en su opinión, el propósito primero de la Convención."¹³³

La respuesta fue la creación de un sistema que busca asegurar una observable, final y efectiva solución de conflictos en el contexto de una institución internacional permanente. En este sentido, la Convención puede se incluida dentro de la perspectiva de protección al inversionista extranjero.

En virtud de la adhesión a la Convención, el Estado anfitrión reconoce que su facultad soberana para regular las diferencias con inversionistas extranjeros está sujeta la revisión, conforme a los procedimientos internacionales establecidos de acuerdo con la Convención y las reglas expedidas bajo la autoridad de la misma.

4.1.1.2 Procedimiento

El juicio o proceso arbitral en el CIADI inicia a solicitud de parte ya sea Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante, dirigida al Secretario general quien tendrá la facultad de desechar la solicitud en caso en que de lo asentado en

¹³² Id. MUCHLINSKI, P. Multinational Enterprises and the Law. Op. Cit.

¹³³ Id.

la solicitud "se encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro."¹³⁴

Las partes serán notificadas del registro de la solicitud o de su desechamiento y en el primero de los casos se procederá a la constitución del panel o tribunal arbitral.

En términos generales, el tribunal se compondrá de un sólo árbitro o de un número impar de árbitros, comúnmente 3 designados uno por cada parte y el tercero nombrado de común acuerdo y será instalado dentro de los noventa días siguientes a la notificación hecha por el Secretario General.

A efecto de otorgar una mayor confianza a las partes en conflicto, los árbitros como en casi todo este tipo de mecanismos, no podrán ser nacionales de los Estados Contratantes que sean parte de la diferencia y podrán ser elegidos de las listas que al efecto elabore el propio Centro o de alguna otra parte siempre que reúnan características como amplia consideración moral, reconocida competencia en el campo del Derecho, comercio, de la industria o de las finanzas, e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio.¹³⁵

¹³⁴ Artículo 36 del Convenio. Es importante destacar que la jurisdicción del Centro se encuentra definida en el capítulo II del Convenio de los artículos 25 a 27. En específico, el artículo 25 (1) dispone que "La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado."

El tribunal arbitral deberá sesionar por primera vez a más tardar 60 días después de constituirse. En principio, la primera y ulteriores sesiones deberán llevarse a cabo en la sede del Centro, sin embargo, ésta podrán llevarse a cabo en lugar diverso si así lo hubieren acordado las partes.¹³⁶

Las audiencias serán dirigidas por el presidente del tribunal y se requerirá la mayoría de los integrantes del mismo tanto en las audiencias como en las demás reuniones.

El tribunal arbitral dictará las resoluciones necesarias para la substanciación del proceso; sin embargo, tomará en cuenta las opiniones de las partes a este respecto.

Muy influenciado por los procedimientos *discovery* del derecho anglosajón, el proceso arbitral prevé la celebración de una audiencia preliminar en la que las partes intercambiarán información sobre los hechos y dejarán en claro los hechos no controvertidos con el fin de determinar el "mandato" del tribunal.¹³⁷

Asimismo, la audiencia preliminar podrá servir para que las partes lleguen a un acuerdo respecto de la diferencia.

¹³⁵ Ver artículo 14.

¹³⁶ Cfr. artículo 63 del Convenio y Regla 13.

¹³⁷ El "mandato" del tribunal es mejor conocido en inglés como "Terms of Reference" y es similar a lo previsto por el artículo 7 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio.

Los plazos (términos en el derecho Mexicano) para la conclusión de las etapas procedimentales serán fijados por el propio Tribunal y en principio las actuaciones llevadas a cabo a destiempo se considerarán no hechas y por lo tanto la figura de la preclusión tiene cabida dentro de este procedimiento arbitral. Cabe mencionar que a diferencia de la rigidez con la que actúan los tribunales judiciales domésticos, existe en el arbitraje CIADI cierta flexibilidad dentro de este rubro.

El procedimiento arbitral esta dividido según las reglas en dos etapas, una escrita y una oral, mismas que llevarán ese orden.¹³⁸

Como puede esperarse en casi todo procedimiento independientemente de su naturaleza, dentro del arbitraje CIADI la etapa escrita consta de los siguientes documentos:

1. Memorial del solicitante del arbitraje, mismo que deberá contener una relación de los hechos, derecho aplicable y puntos petitorios, una especie de demanda de las que a diario presentan los abogados postulantes en los tribunales de lo común en México.
2. Una contestación de la contraparte a ese memorial; y
3. Una réplica del solicitante y la correspondiente dúplica de la contraparte.

La etapa oral del procedimiento se refiere propiamente al desahogo de pruebas testimoniales, periciales y confesionales.

Las Reglas prevén que el tribunal lleve a cabo verificaciones *in situ* en caso de que éste así lo considere conveniente.

Existe además la posibilidad de que cualquiera de las partes solicite al tribunal arbitral la adopción de medidas provisionales para salvaguardar sus derechos. Figuras como la rebeldía, las excepciones sobre jurisdicción, los incidentes y la recusación son también previstas por las Reglas.

El laudo, que en todo caso será escrito, deberá emitirse dentro de los 60 días siguientes a aquel en que se haya declarado el cierre del procedimiento, mismo que deberá declararse una vez que "las partes hayan terminado de hacer las presentaciones." La flexibilidad característica de los sistemas arbitrales no falta aquí y es posible que el tribunal amplie el plazo para dictar el laudo por 30 días más.

Así también, dentro de los 45 días siguientes a la fecha de emisión del laudo, deberá decidir cualquier punto que haya omitido y/o corregir cualquier error material, aritmético o similar en que hubiera incurrido.

Respecto del laudo, las partes pueden asumir las siguientes actitudes: 1)

¹³⁸ Cfr. el Capítulo IV de las reglas.

aceptarlo, 2) solicitar su aclaración, 3) solicitar su revisión por cuestiones supervenientes; y 4) solicitar su anulación.

En cuanto a la anulación, habrá lugar a ésta cuando 1) el tribunal se hubiere constituido incorrectamente, 2) el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades, 3) uno de los miembros del tribunal se hubiere corrompido, 4) se hubiere quebrantado gravemente una norma de procedimiento; o 5) el laudo no estuviere fundado y motivado.

4.1.2 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI O UNCITRAL).

Dentro de lo que autores como Gutiérrez Baylón califican como una "nebulosa materia jurídica"¹³⁹ es decir, la *lex mercatoria* que engloba las normas derivadas de usos y costumbres de los comerciantes, destacan las Reglas sobre Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Es el artículo 13 de la Carta de San Francisco en el que podemos encontrar el fundamento de la función codificadora de la Organización de las Naciones Unidas, dicho artículo reza:

¹³⁹ GUTIERREZ BAYLON, Juan de Dios. "Desafíos Actuales de los Sistemas de Solución de Diferendos." Lex, Difusión y Análisis. Abril 1997.

"1. La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes :

a. Fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación."

Según Resolución 2102 (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1965, con motivo del informe rendido por el Secretario General de las Naciones Unidas sobre el modo de provocar el desarrollo del Derecho Mercantil, se recomendó crear la Comisión de las Naciones para el Derecho Mercantil Internacional. Por motivo de la Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea, de 17 de diciembre de 1966, se ratificó la resolución anterior.

La CNUDMI mejor conocida por sus siglas en inglés como UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) está integrada por veintinueve miembros y tiene como objetivo promover la armonización y unificar progresivamente el Derecho Mercantil Internacional.

Las reglas de arbitraje fueron adoptadas como un conjunto de reglas aceptables en países con sistemas económicos sociales y legales distintos,¹⁴⁰ lo cual se supone, contribuiría de manera significativa al desarrollo de relaciones económicas armónicas.

¹⁴⁰ Cfr. Preámbulo de las Reglas.

Para la elaboración de las reglas, se consideraron los reglamentos de arbitraje de la Comisión Económica para Europa de 1966 y de la Comisión Económica para Asia y el Lejano Oriente del mismo año.¹⁴¹

Si bien las reglas no proporcionan el respaldo institucional que otorgan la CCI o el CIADI, pueden ayudar a resolver muchas de las dificultades generalmente asociadas con el arbitraje *ad hoc* al basarlo en procedimientos internacionalmente reconocidos. Sin embargo el éxito del laudo resultante continúa dependiendo en gran medida, de la aceptación de las partes para observarlo. No existe sustento legal para el reconocimiento y ejecución automático del laudo. Además, el laudo puede ser objeto de interposición de excepciones de inmunidad soberana por parte del Estado en los casos en que la resolución no le es favorable.

Una de las más importantes características de las reglas, es que distinguen entre el arbitraje administrado o institucional y el no administrado o *ad hoc*, de lo que deriva la existencia de fórmulas distintas aplicables según el caso.¹⁴²

De acuerdo a Muchlinski la importancia de las reglas de UNCITRAL es innegable, éstas han sido adoptadas por varios países y agencias especializadas en el arbitraje, sin embargo, su importancia radica más en el campo de la solución de

¹⁴¹ Cfr. ZAMORA SANCHEZ, Pedro. Arbitraje Comercial Internacional. 4ª. edición Ed. Ediciones Numancia, S.A., México. 1992, pp. 57-61

¹⁴² El artículo 2.1 de las Reglas que se comentan, establece que las partes podrán seleccionar en cualquier momento el instituto arbitral que administre su arbitraje u optar por el arbitraje no administrado.

disputas privadas que en el de aquellas surgidas entre inversionistas extranjeros y Estados anfitriones.

Habrá que distinguir entre las Reglas a que se refiere el TLCAN y la Ley Modelo elaborada por la propia Comisión y adoptada el 21 de junio de 1985.¹⁴³

Se dice que la CNUDMI "elaboró una Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional con la finalidad de que sirviera de tipo o modelo al legislador de cada Estado, a efecto de expedir su ley interna sobre arbitraje comercial internacional. Por tanto no se trata de ninguna ley uniforme, que sea obligatoria (realmente no es un tratado), sino simplemente de un modelo que tiende a buscar cierta homogeneidad entre los paises.

Con anterioridad a 1977, y en el seno de las Naciones Unidas, sólo existian dos instrumentos legales en relación al arbitraje: la Convención de Nueva York, de 1958, y las Reglas de UNCITRAL sobre arbitraje. En la 12 sesión (1979) la *Commission by Asian-African Legal Consultative Commitee*, requirió al Secretario General para que se preparara una ley modelo procesal sobre arbitraje.¹⁴⁴

En 1981, los trabajos se iniciaron y durante, diversas sesiones del grupo de trabajo, desde 1982 hasta 1984, el trabajo fue concluido."¹⁴⁵

¹⁴³ Cfr. GARCIA MORENO & SILVA SILVA . El Arbitraje como Medio de Solución de Controversias en Materia de Inversiones en el TLC. Op. Cit.pág. 32.

¹⁴⁴ Id.

¹⁴⁵ Ibid pág 33.

Toda vez que la Ley Modelo no versa sobre solución de controversias entre Estados e inversionistas particulares y por lo tanto cae fuera del ámbito de nuestro estudio, no haremos más comentarios sobre la misma.

4.1.3 ESQUEMAS PARA GARANTIZAR INVERSIONES

La amenaza de riesgos políticos —como la expropiación—, es un factor que incrementará los costos percibidos en un Estado anfitrión. Sin embargo estos costos podrían reducirse si se es asegurado en contra de riesgos políticos. Este tipo de cobertura puede estar disponible a través de compañías aseguradoras privadas aunque esto no siempre ha sido fácil de conseguir dadas las dificultades para cuantificar los riesgos involucrados. Así, para asegurarse de la disponibilidad de cobertura de riesgos políticos, los gobiernos de países exportadores de capital han patrocinado esquemas tanto públicos como mixtos. Tales esquemas se han enfocado tradicionalmente en países en vías de desarrollo anfitriones y han sido administrados como parte de los programas de ayuda al extranjero (o externa) de los países de los que la inversión es originaria aunque algunos de esos esquemas como el Export Credit Guarantee Department (Departamento de Garantía a los Créditos para la Exportación) del Reino Unido están dirigidos tanto a comercio exterior como inversiones en general. Por lo tanto, esos esquemas resultan más que meros servicios de seguro, pueden ser instrumentos de la política exterior relativa a economía y desarrollo.

4.1.3.1 La Corporación de Inversiones Foráneas Privadas (OPIC)

El primer esquema nacional de este tipo fue introducido por los Estados Unidos bajo la Ley de Cooperación Económica de 1948. Su propósito era ofrecer garantías a la inversión para la reconstrucción de la Europa de la postguerra. Sin embargo, fue posteriormente reformada para cubrir inversiones en países menos desarrollados. Bajo la Ley de Ayuda Exterior de 1961 (Foreign Assistance Act) se previó que el esquema fuera administrado por la Agencia de Desarrollo Internacional (Agency for International Development) como parte del programa de ayuda al exterior de los Estados Unidos. Después de una revisión a fondo del esquema de la ADI, un nuevo esquema para garantizar las inversiones fue propuesto. Se estableció así en 1969 el nuevo esquema bajo el nombre de Overseas Private Investment Corporation (OPIC) Corporación de Inversiones Foráneas Privadas. Las operaciones de la OPIC fueron objeto de un celoso escrutinio durante los años setenta como resultado de su cercana relación con los seguros de las inversiones en cobre y telecomunicaciones de los Estados Unidos en Chile al momento de su nacionalización por el gobierno de Salvador Allende. El resultado fue la restricción de las facultades de la OPIC en 1974 seguido de mayores restricciones en el 78. En 1981 la mayoría de estas restricciones desaparecieron y el esquema expandió su campo de aplicación para cubrir revuelta civil y letras de crédito.

Hoy en día la OPIC está facultada para ofrecer seguro de inversiones con una base comercial respaldada por la fe y crédito del gobierno de los Estados Unidos. La cobertura sólo es concedida con el acuerdo del país anfitrión. A este fin los Estados Unidos negocian con países anfitriones acuerdos de garantía para inversiones. Estos acuerdos aseguran que los derechos de la OPIC (o de sus sucesores en título o asignación) de subrogación sobre el pago de quejas sean reconocidos por el Estado anfitrión.¹⁴⁶ Asimismo establecen el arbitraje internacional para resolver disputas que no hayan podido solucionarse a través de negociaciones. El seguro está disponible en casos de expropiación, riesgos de guerra, inconvertibilidad de la moneda y como se dijo anteriormente en caso de revuelta civil y letras de crédito. Una vez que ha ocurrido un evento asegurado, el inversionista deberá presentar una reclamación a la OPIC la cual considerará entonces si el evento cae dentro de los términos de la cobertura. En caso de que una disputa surgiera, el inversionista y la OPIC deberán recurrir al arbitraje. Después de que una reclamación ha sido pagada, OPIC hará perseguir sus derechos de subrogación en contra del Estado anfitrión bajo los términos del Tratado (acuerdo para garantizar inversión).

Otros países han adoptado esquemas semejantes. Así el Reino Unido ofrece seguro para inversiones extranjeras a través de la ECGD. En virtud de lo dispuesto por la sección 2 de la Ley de Garantías a la Exportación e Inversión de 1991, cualquier persona que haga negocios en el Reino Unido, ya sea en persona o a través de una compañía controlada directa o indirectamente por el o ella, es

¹⁴⁶ Cfr. MUCHLINSKI, P.T. Multinational Enterprises and the Law. Op. Cit. pág. 515.

elegible para la cobertura en conexión con cualquier inversión en recursos de empresas llevadas a cabo fuera del Reino Unido o en conexión con garantías otorgadas por esa persona con respecto a inversiones de otros en esas empresas. La cobertura es otorgada sólo para inversiones directas en empresas extranjeras en contra de pérdidas resultantes directa o indirectamente de guerra, expropiación, restricciones o remesas y otros riesgos políticos específicos que puedan ser de vital importancia para la viabilidad de una inversión. En el Reino de los Países Bajos, la cobertura de riesgos políticos es ofrecida a las compañías holandesas por la NCM, una compañía privada propiedad de trece bancos, diez compañías aseguradoras y otros accionistas corporativos. El Ministro holandés de Finanzas tiene un lugar dentro del consejo de administración y el gobierno reasegura cualquier riesgo político tomado por exportadores nacionales. En Alemania, las garantías a la inversión han estado disponibles desde 1959 mientras Japón introdujo su esquema desde 1956.¹⁴⁷

4.1.3.2 La Agencia Multilateral para Garantizar Inversiones (MIGA)

Un significativo avance reciente ha sido la entrada en vigor de la Convención del Banco Mundial que Establece la Agencia Multilateral para Asegurar Inversiones de 1985 (MIGA). Esta Convención establece el primer sistema multilateral de aseguramiento de inversiones en contra de los riesgos políticos estipulados en el país anfitrión. Adicionalmente la Convención ofrece un servicio de asesoría

¹⁴⁷ Cfr. MUCHLINSKI, P.T. Multinational Enterprises and the Law. Op. Cit. p.p. 516-517.

técnica y fijación de criterios a países en vías de desarrollo con el objetivo de mejorar las condiciones de inversión y el flujo de nuevas inversiones. Las ventajas del sistema MIGA se supone que incluyen un sistema completo de cobertura, el cual incluiría el beneficio de inversiones agregadas de muchos países y gozaría de acceso a una más amplia gama de reaseguradores y coaseguradores que los que tienen los sistemas nacionales; un enfoque despolitizado a decisiones de aseguramiento; consideración de viabilidad (soundness) inversiones y su impacto en el desarrollo y un mas grande rol en la creación de un buen clima internacional para la inversión a través del ofrecimiento de servicios adicionales de asesoría de especialistas. Estos factores juntos, deberían fomentar el flujo de inversiones para propósitos productivos entre los países miembros.

Hace algunos años Luis Miguel Díaz señalaba que "la importancia del MIGA parece adquirir una nueva dimensión en el inicio de los noventa por dos razones importantes.

En primer lugar, porque en círculos financieros y políticos existe la creencia de que la inversión extranjera directa puede, por ejemplo, torcer el curso de la crisis de la deuda de los países en desarrollo. En particular, economistas estiman que en los '90 (sic) los flujos de recursos financieros seguirán negativos para América Latina. Ni el Plan Brady ni una reducción importante de la deuda nominal parecen suficientes para impedir la carencia de nuevos flujos monetarios en la región. La gran opción, entonces, parece ser mayor inversión extranjera.

En segundo lugar, debido a la reciente apertura de los mercados de Europa del Este a la economía capitalista, la trascendencia del MIGA se acrecentará por la mayor competencia mundial por atraer recursos internacionales a los mercados nacionales. Polonia, por ejemplo, firmó el MIGA en enero de 1989 y Yugoslavia en septiembre del mismo año. Hungría lo firmó en marzo de 1987 y lo ratificó en abril de 1988."

En lo que hace al documento que da vida al MIGA, es decir, El Convenio Constitutivo de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones, comentaremos que el capítulo primero se refiere a la creación y naturaleza jurídica del MIGA, sus objetivos y finalidades y las principales definiciones.

"El objetivo del Organismo será proporcionar el flujo de inversiones para fines productivos entre los países miembros, y en especial hacia los países miembros en desarrollo, complementando de esta manera las actividades del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (denominado en adelante el Banco) y de la Corporación Financiera Internacional y otras instituciones de financiamiento del desarrollo."

El Convenio crea el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) como organización internacional dotada de plena personalidad jurídica conforme a derecho internacional y las leyes internas de sus miembros.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Véase el artículo 1 de la Convención de referencia.

Para los propósitos de la presente tesis, es de fundamental importancia el capítulo noveno del Convenio que se denomina "Arreglo de Diferencias." En términos generales se establecen cuatro tipos de procedimientos:

- a) Controversias relativas a la interpretación del Convenio que surjan entre cualquier miembro y el MIGA o entre miembros. Estas serán decididas por la Junta con sujeción a la posibilidad de apelación al Consejo. Esta regla jurídica es una costumbre legal de los organismos internacionales, que desde luego incluye al Banco y otras instituciones financieras internacionales.

- b) Controversias que surjan en virtud de un contrato de garantía o reaseguro entre el Organismo y la otra parte. Primero deberán resolverse amigablemente. Si esto no se logra, se someterán a arbitraje de conformidad con las reglas que se estipulen o se mencionen en el contrato de garantía o reaseguro.

- c) Controversias entre el MIGA actuando como subrogante de un inversionista y un miembro. Estas se arreglarán de conformidad con el Anexo II del Convenio o con sujeción a un acuerdo que ha de celebrarse entre el MIGA y ese miembro acerca de mecanismos alternativos de arreglo de diferencias.

Tal acuerdo (que debe ser aprobado por la Junta por mayoría especial antes de que el MIGA inicie sus operaciones en el territorio del miembro interesado) se negociaría entre las partes tomando como base el Anexo II del Convenio. El acuerdo deberá asegurar el otorgamiento al MIGA de un tratamiento por lo

menos tan favorable en lo que respecta a los derechos para recurrir al arbitraje como los que el miembro interesado ha convenido con otras entidades de garantía de inversiones. Finalmente se podrán instituir métodos distintos del arbitraje, como, por ejemplo la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia.

- d) Controversias distintas de las mencionadas en los incisos a), b) o c), que surjan entre el MIGA y un miembro o una entidad de un miembro, así como todas las controversias entre el MIGA y un país que haya dejado de ser miembro. Estas serán dirimidas de conformidad con el Anexo II del Convenio, es decir mediante negociaciones y, en fracaso de éstas, a través de la conciliación y el arbitraje.

El Convenio no estipula procedimientos específicos que rijan el arbitraje entre el MIGA y los tenedores de una garantía o una póliza de reaseguro. Se prevé que en los contratos de garantía y de reaseguro ordinariamente se haría referencia a un cuerpo de normas internacionalmente reconocidas en materia de arbitraje comercial, tales como las reglas del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI), las de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o las de la Cámara de Comercio Internacional.

El Anexo II, que, al igual que el Anexo I, forma parte integral del Convenio, exige que las partes traten primeramente de negociar un arreglo antes de recurrir al

arbitraje (Artículo 2 del Anexo II). Genéricamente, se prevé que todas las diferencias habrían de ser ajustadas amigablemente a través de la negociación como ocurre en la práctica en lo que respecta a otras instituciones financieras internacionales. Sólo si fracasa la negociación, las partes tienen la opción de intentar un arreglo a través de la conciliación o el arbitraje. Cuando las partes acuerden recurrir a la conciliación, sólo pueden someter la controversia al arbitraje si fracasa la conciliación. (Artículo 3 del Anexo II).

El Artículo 4 g) del Anexo II indica las fuentes de derecho relevantes al disponer que el tribunal de arbitraje (el Tribunal) "aplicará las disposiciones del Convenio, cualquier acuerdo pertinente celebrado entre las partes en la diferencia, los estatutos y reglamentos del MIGA, las normas aplicables del derecho internacional, el derecho interno del miembro de que se trate, y las disposiciones aplicables del contrato de inversión, si las hubiere". La referencia al derecho interno del miembro comprende las normas relativas a conflictos entre diversas leyes. En caso de conflicto entre las normas del derecho internacional y las reglas emitidas unilateralmente por cualquiera de las partes en la diferencia, los tribunales internacionales deberán aplicar las normas del derecho internacional.

Los laudos arbitrales son definitivos y obligatorios para las partes (Artículo 4.h) del Anexo II) y pueden hacerse cumplir dentro de los territorios de cada miembro como si se tratase de sentencias definitivas de un tribunal de ese miembro; sin embargo, los laudos sólo pueden ejecutarse de conformidad con las leyes del país en que se pretenda la ejecución (Artículo 4. j) del Anexo II). Esta disposición

refleja interés común de todos los miembros en la viabilidad financiera del MIGA.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Cfr. DIAZ, Luis Miguel. "La Inversión Extranjera. Promoción de la Inversión Extranjera: El MIGA" Op. Cit. pp. 482-483.

CONCLUSIONES

- 1.** La inversión extranjera directa es en la actualidad motor del desarrollo económico entre las naciones del orbe. Así, la tendencia actual hacia el aumento de flujos de inversión extranjera directa, tiene como resultado la creación de condiciones más "hospitalarias" para dicha inversión en los ámbitos nacional e internacional. La anterior aseveración la prueban la instrumentación de políticas liberalizadoras de la economías, como las adoptadas por México en años recientes (con la consecuente búsqueda y firma de tratados bilaterales sobre inversiones) y el auspicio de negociaciones para marcos legales multilaterales en esta materia, como el que la OCDE lleva a cabo respecto del AMI.
- 2.** Aunque más de carácter económico y menos de carácter legal, y sobre todo en los que se refiere a indicadores estadísticos, la diferencia entre la inversión extranjera directa y la indirecta radica en el carácter productivo y de alguna manera permanente de la primera y el especulativo y temporal de la segunda.
- 3.** La creencia de que la inversión extranjera indirecta implica, abarca o engloba a la deuda pública es errónea ya que los conceptos son de suyo diferentes. Por un lado, la deuda es considerada así por quien recibe un crédito susceptible de ser pagado, mientras que la inversión denota un

carácter permanente o cuasi-permanente de los recursos en el territorio de quien la recibe y por otro lado de manera estadística, la deuda pública tampoco es considerada dentro del rubro de la inversión indirecta tanto por los órganos de la ONU como por los de la OCDE correspondientes.

4. El capítulo 11 del TLCAN marca un hito en la historia de los tratados referentes a inversiones. Por una parte, fue celebrado entre países miembros de la OCDE, por otra parte en el participan países desarrollados tradicionalmente considerados como de la apertura y países en vías de desarrollo como México que son considerados cerrados, nacionalistas y proteccionistas.
5. El mecanismo de solución de diferendos previsto en el capítulo 11 del TLCAN representa un enorme adelanto respecto de los mecanismos tradicionales, en especial de la protección diplomática ya que al menos garantiza que las partes en conflicto serán oídas y vencidas en un procedimiento más o menos transparente.
6. No obstante lo asentado en el punto anterior, somos de la idea de que el mecanismo rompe con la fórmula Calvo y por lo tanto es violatorio del artículo 27 constitucional. Si bien se puede tomar como cierto que lo que Calvo pretendía con su doctrina era la igualdad en los medios de defensa a que un nacional de un país determinado tenía derecho en suelo extranjero, el texto que de dicha doctrina quedó plasmado en el artículo 27 de la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos implica no sólo la renuncia de los extranjeros a invocar la protección (diplomática) de su país, sino a considerarse nacionales respecto de los bienes que adquieran en territorio mexicano. Así, al considerarse nacional, el extranjero sólo tiene como medios de jurídicos de defensa ante las acciones de la autoridad, aquellos accesibles al resto de los mexicanos, es decir, los tribunales previamente establecidas, por lo que el *trato acorde con el derecho internacional* (de suyo ambiguo) y la posibilidad de accionar un mecanismo alternativo a los tribunales nacionales viola las disposiciones del artículo 27 constitucional.

7. Debido a las características de los procedimientos arbitrales a que se refiere el capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte es poco probable que las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL, sean utilizadas; es de preverse que las reglas del CIADI sean utilizadas con mucho mayor frecuencia ya que fueron creadas *ex professo* para tratar con problemas relacionados con la inversión extranjera.
8. De la inercia que ha mostrado en los últimos años, entratándose de los mecanismos internacionales para la solución de controversias relacionadas con la inversión extranjera, es muy probable que México en un futuro muy cercano se adhiera al Convenio sobre el Arreglo de Diferencias entre Estados y Nacionales de otros Estados, Relativas a Inversiones (Convención de Washington).

9. La adhesión a una convención de tal magnitud implicaría para México, cruzar el punto de no retorno en materia de inversiones extranjeras, similar al paso dado en 1986 con la adhesión al GATT en materia de comercio internacional.

10. Aún así, los sistemas internacionales de solución de controversias en esta materia representan una gran ventaja sobre los medios tradicionales, en especial sobre la protección diplomática.

11. Los esquemas como el MIGA o la OPIC no son mecanismos de solución de controversias relativas a inversiones *per se*, son más bien órganos encargados de asegurarlas, con funciones muy similares a las de las tradicionales empresas aseguradoras pero a nivel internacional.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

I. Libros y Artículos

- ARELLANO GARCIA, C.** Derecho Internacional Privado. (México: Porrúa, S.A., 1992).
- BRISEÑO SIERRA, Humberto.** "El Arbitraje Privado Internacional," en Arbitraje Privado Internacional. UNAM . México 1983.
- BROWNLIE, Ian.** Documents in International Law. Oxford Press. U.K. 1995.
- CARPIZO, Jorge.** La Constitución Mexicana de 1917. (México: Porrúa, 1995).
- CASTAÑEDA, Jorge.** "México y el Nuevo Orden Mundial. Actualidad y Perspectivas" en GOMEZ-ROBLEDO, Alonso (comp.) Un Homenaje a Don Cesar Sepúlveda. Escritos Jurídicos. (México: UNAM, 1994).
- CHACHOLIADES, Miltiades.** Economía Internacional. (México: Mc. GrawHill, 1992).
- CONTRERAS VACA, Francisco José.** Derecho Internacional Privado. Harla. México. 1994
- CRAIG, Laurence W.** "Some Trends and Developments in the Theory and Practice of International Commercial Arbitration." Texas International Law Journal. Vol. 30 (1) 1995.
- CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo.** El TLC: Controversias, Soluciones y Otros Temas Conexos. Mc. Graw Hill. México. 1997
- DALY, Justine.** "Has Mexico Crossed the Border on State Responsibility for Economic Injury to Aliens? Foreign Investment and the Calvo Clause in Mexico After the NAFTA." 25 St. Mary's Law Journal. 1994.
- DE PINA VARA, Rafael.** Diccionario de Derecho. (México: Porrúa, S.A., 1983).
- DIAZ, Luis Miguel.** Arbitraje, Privatización de la Justicia. Themis. México 1994.
- DIAZ, Luis Miguel.** Globalización de las Inversiones Extranjeras. Nuevos Aspectos Jurídicos. Themis. México. 1989.
- DICKEN, Peter.** Global Shift. Paul Chapman, U.K. 1995.
- FRIAS, Yolanda.** "Cláusula de la Nación Más Favorecida" en Diccionario Jurídico Mexicano (México: Porrúa, S.A., 1995).
- GANTZ, David.** "Resolución de Controversias en Materia de Inversiones Extranjeras en el TLCAN."

GARCIA CANTU, Gastón. Las Invasiones Norteamericanas a México. (México: FCE, 1984).

GARCIA MORENO, Victor C. & SILVA SILVA, Jorge. El Arbitraje como Medio de Solución de Controversias en Materia de Inversiones en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Univ. Autónoma de Baja California. Tijuana. 1993.

GARCIA MORENO, V.C. "Doctrina Calvo." en Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. (México: Porrúa, S.A., 1995)

GUTIERREZ BAYLON, Juan de Dios. "Desafíos Actuales de los Sistemas de Solución de Diferendos." Lex, Difusión y Análisis. Marzo, 1997.

HOLBEIN, James R. & CARPENTIER, Gary. "Trade Agrrements and Dispute Settlement Mechanisms in the Western Hemisphere." 25 Case Western Reserve University Journal Of International Law. 1993.

LAZAR, Fred. "Investment in the NAFTA. Just Cause for Walking Away." Journal of World Trade. Vol.26 (2) 1992.

LOPEZ GONZALEZ, Francisco. "El Capítulo 11 del TLCAN y la Posición Tradicional de México Respecto a la Inversión Extranjera.." Lex, Difusión y Análisis. Octubre 1997, No. 3. Pág. 38.

LOPEZ GONZALEZ, Francisco. "La Evolución del Mecanismo de Solución de Controversias de Comercio Internacional: Del GATT a la OMC." en LEX Difusión y Análisis. Marzo, 1997.

LUSTIG; Nora. Mexico: The Remaking of an Economy. (Washington: The Brookings Institution, 1993).

MEDINA LIMA, I. "El Arbitraje Privado en nuestro Derecho" en Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XXXVIII (157-158-159) Enero-Junio 1988.

MONTENEGRO; Walter. Historia de las Doctrinas Económicas. (México: Fondo de Cultura Económica, 1992).

MUHLINSKI, P.T. Multinational Enterprises and the Law. Blackwell. U.K. 1995

PEREZNIETO CASTRO, Leonel. Derecho Internacional Privado. Harla. México. 1988.

PRICE, Daniel M. "An Overview of NAFTA Investment Chapter: Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement." The International Lawyer. Fall 1993.

RAMOS GARZA, Oscar. Mexico ante la Inversión Extranjera. Legislación Políticas y Prácticas. (México: Docal Editores, S.A., 1974).

ROBINSON, Patrick. The Question of a Reference to International Law in the Code of Conduct on Transnational Corporations. United Nations, New York, Julio 1986.

RUBIO, Luis. Como va a afectar a México el TLC. Fondo de Cultura Económica. Mexico, 1992.

SALINAS DE GORTARI, Carlos. Discurso Presidencial en la clausura del Foro de consulta sobre las Relaciones Comerciales Internacionales. El Comercio de Mexico en el Mundo: ¿Hacia donde se dirige? Senado de la Republica 1991.

SANDRINO, Gloria L. "The NAFTA Investment Chapter and Foreign Direct Investment in Mexico: A Third World Perspective." Vanderbilt Law Journal. 1994.

SEARA VAZQUEZ. Derecho Internacional Público. (México: Porrúa, S.A., 1991)

SEPULVEDA, B. y CHUMACERO, A. La Inversión Extranjera en México. (México: FCE, 1973)

SEPULVEDA, Cesar. Derecho Internacional Público. Porrúa, S.A. México. 1991.

SCHOTT, Jeffrey J. & HAUFBAUER, Gary C. North American Free Trade Agreement: Issues and Recommendations. Institute for International Economics. Washington 1992.

SHENKIN, Todd S. "Trade-Related Investment Measures In Bilateral investment Treaties and GATT: Moving Toward a Multilateral Investment Treaty." 55 University of Pittsburgh Law Review. Winter 1994.

SHIHATA, Ibrahim. "Hacia una mayor Despolitización de las Diferencias Relativas a Inversiones. El Papel del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones y del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones." Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. No. 18, 1986-1987,

SILVA SILVA, Jorge. El Arbitraje Comercial Internacional en México. Pérez-Nieto Editores, México 1994.

SIQUEIROS, José Luis. El Arbitraje en los Negocios de Naturaleza Privada. Escuela Libre de Derecho. Miguel Angel Porrúa. México. 1992.

United Nations Centre on Transnational Corporations. Bilateral Investment Treaties 1959-1991. New York 1992.

VAGTS, Detlev F. The Question of a Reference to International Obligations in the Code of Conduct on Transnational Corporations: A Different View. United Nations, New York, July, 1986.

WITKER VELAZQUEZ, Jorge (coord). Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1994

WU, Terry and LONGLEY, Nell. "A U.S.-Mexico Free Trade Agreement: U.S. Perspectives." Journal of World Trade. Vol. 25 (3) 1991.

ZAMORA SANCHEZ, Pedro. Arbitraje Comercial Internacional. (México: Ediciones Numancia, S.A., 1992).

ZORRILLA, Luis G. Los Casos de México en el Arbitraje. Porrúa, S.A. México. 1981.

II. Legislación

Decreto de Emergencia publicado en el Diario Oficial de 7 de julio de 1944

Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera. Diario Oficial de la Federación (DOF) Marzo 9, 1973

Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera. DOF 16 de Mayo 1989.

Ley de Inversión Extranjera. DOF Diciembre 27, 1993.

Tratado Libre Comercio de América del Norte. DOF Diciembre 30, 1993.

Decreto por el que se Aprueban los Instrumentos Relativos a la Adhesión de los Estados Unidos Mexicanos a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos. DOF Mayo 13, 1994.

Convención de Washington sobre la Solución de Controversias entre Estados y Nacionales de otros Estados adoptada mediante Resolución de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial el 18 de marzo de 1965.

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional celebrada en Panamá el 30 de enero de 1975.

Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Resolución 31/98 de la Asamblea General de 15 de Diciembre de 1976.

Ley Modelo sobre Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Aprobada por la Comisión el 15 de junio de 1985.

Código de Comercio.

III. Otras Fuentes

UNCTAD Press Release 2717. World Investment Report 1997: FDI and Competition Policy. <http://www.unicc.org.unctad/en/pressref/pr2717en.htm>

UNCTAD. Global Foreign Direct Investment Flows Reach \$325 Billion in 1995, an All-Time High, Says UNCTAD. Comunicado de Prensa TAD/1832 de junio 5, 1996. Disponible en la página internet gopher://gopher.unicc.org/11UNCTAD/.

STINSON ORTIZ, Yvonne. "Acuerdo Multilateral de Inversión" en El Financiero del miércoles 24 de diciembre de 1997. Pág. 25

<http://www.essential.org/monitor/mai/two.html>

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. A Guide To Arbitration for Business People. (USA: AAA, 1995)