

**JOINT VENTURES: CHINA - MÉXICO BAJO EL ESQUEMA DE
EXPORTACIONES DEL TLCAN.**

MARINA BERNAL MAGALLÓN

Tesis propuesta para la Licenciatura en

DERECHO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

2006

ASESOR: LIC. LOGAN GUSTAVO MEZA HERRERA.

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Agradecimientos

A mi “Alma Mater” Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México: la que con sus cátedras forjó en mi el conocimiento y amor a mi carrera.

“El talento se educa en la calma, el carácter en la tempestad”.

Goethe.

A mis padres: María de la Luz Magallón López y Rafael Bernal Jiménez, por su incansable e incondicional apoyo y ánimo, por haberme dejado la mejor herencia, y a mi familia por acompañarme en todo momento, pues son mi fortaleza y mi razón de ser.

“La calidad nunca es un accidente, siempre es el resultado del esfuerzo inteligente”.

John Ruskin.

Con aprecio y respeto a mi asesor Lic. Logan Gustavo Meza Herrera, ya que gracias a su saber y apoyo me condujo a la culminación imborrable de la presente investigación, mi gratitud infinita.

“El alma es una cosa que la espada no puede herir, que el fuego no puede consumir, que el agua no puede macerar y que el viento de mediodía no puede secar”.

Mahabharata.

A mis amigos por sus consejos y aportaciones, cuya amistad les agradezco en el alma.

JOINT VENTURES: CHINA - MÉXICO BAJO EL ESQUEMA DE EXPORTACIONES DEL TLCAN.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1. PROCESO DE FORMACIÓN DE LAS JOINT VENTURES

1.1 Origen.....	1
1.2 Antecedentes.....	4
1.2.1 Estados Unidos.....	4
1.2.2 Inglaterra.....	4
1.2.3 Francia.....	5
1.2.4 China.....	6
1.2.5 México.....	9
1.3 Naturaleza Jurídica.....	13
1.4 Elementos de Creación.....	15
1.5 Formas de Asociación.....	23
1.5.1 <i>Equity Joint Venture</i>	23
1.5.2 <i>Non Equity Joint Venture</i>	26
1.5.3 Mixta.....	26

CAPÍTULO 2. TRATAMIENTO JURÍDICO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL DE LA JOINT VENTURE.

2.1 Organización Mundial de Comercio.....	27
2.2 Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial.....	31

2.3 Convenio de Roma 1980 para las Comunidades Europeas.....	36
2.4 Conferencias Internacionales de Derecho Internacional Privado.....	40

CAPITULO 3. LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN EL DERECHO COMPARADO.

3.1 Unión Europea.....	46
------------------------	----

3.2 República Popular China.....	55
----------------------------------	----

3.2.1 <i>The Law People’s Republic Popular China Chinese-Foreign Joint Venture.....</i>	55
---	----

3.2.2 <i>Procedures of The People's Republic of China for The Registration and Administration of Chinese-Foreign Joint Ventures.....</i>	58
--	----

3.2.3 <i>The Income Tax Law Of The People Republic Of China Concerning Chinese Foreign Joint Venture.....</i>	59
---	----

3.2.4 <i>Regulations for Contracted Operation of Chinese-Foreign Equity Joint Ventures.....</i>	61
---	----

3.2.5 Áreas restringidas a la inversión extranjera.....	63
---	----

3.2.6 Organismo Chino de Control de las Inversiones Extranjeras.....	66
--	----

3.3 México.

3.3.1 Marco Constitucional.....	69
---------------------------------	----

3.3.1.1. Cláusula Calvo.....	70
------------------------------	----

3.3.1.1.2. Limitaciones a los extranjeros.....	72
--	----

3.3.2 Ley de Inversión Extranjera.....	73
--	----

3.3.2.1 Áreas restringidas a la Inversión Extranjera.....	75
---	----

3.3.2.2 Las reservadas exclusivamente al Estado.....	77
--	----

3.3.2.3 Las Reservadas a Sociedades Mexicanas con Cláusula de Exclusión de extranjeros.....	81
---	----

3.3.2.4 Porcentajes de Participación.....	82
---	----

3.3.3 Régimen Fiscal.....	84
3.3.3.1 Impuesto sobre la Renta.....	85
3.3.3.2 Impuesto al Activo.....	86
3.4 Canadá.....	89
3.5 Estados Unidos.....	99
3.6. Marco Comparativo.....	108
3.6.1 China-México- UE.....	108
3.6.2 Estados Unidos-Canadá-México.....	112
 CAPÍTULO 4. CONSTITUCIÓN DE JOINT VENTURES EN MÉXICO ENTRE EL MERCADO MEXICANO Y EL CHINO, Y SU IMPACTO EN LAS EXPORTACIONES EN EL MARCO DEL TLCAN.	
4.1. Los retos en el esquema de exportación al amparo del TLCAN.....	115
4.3. Repercusión económica en el mercado mexicano.....	119
4.4. Solución de Controversias Comerciales.....	121
4.3.1 Arbitraje.....	121
4.3.1.1 Reglas de la CNUDMI.....	122
4.3.1.2 Reglas de la CIADI.....	125
4.3.2 Capítulo XX del TLCAN.....	126
 CONCLUSIONES.....	 131
BIBLIOGRAFÍA.....	135

INTRODUCCIÓN

La incorporación de China al mercado mundial, se ha caracterizado por un alto crecimiento exportador, colocándose en el quinto sitio del comercio mundial, lo cual se ve reflejado en los mercados en los cuales compite y para infortunio de México, China se ha colocado como uno de los principales exportadores hacia Estados Unidos, lo cual ha provocado que México, se vea desplazado en algunos rubros de exportación hacia EE.UU., debido a que su canasta exportadora es muy diversa, por ello, es necesario prepararse tanto para aprovechar las oportunidades que plantea el mercado chino, como para enfrentar los retos que las mayores exportaciones chinas representarán en el mercado doméstico y ya representan en terceros mercados como el de Estados Unidos, no obstante ésta situación, el gobierno mexicano debe fomentar la atracción de la inversión extranjera, verbigracia a través de la celebración de un APPRI con China, pues los beneficios serían recíprocos, otro aspecto fundamental en vías de atraer a la inversión extranjera directa consistiría en que el gobierno incentive a la IED, tanto en cuestión de impuestos como en la facilidad para llevar a cabo los trámites pertinentes para invertir, así mismo en los casos en los que la ley de inversión extranjera establece ciertos porcentajes, aumentar un poco la participación de la inversión extranjera sin que ello signifique menoscabar la soberanía del país.

Por lo que respecta a los beneficios, que traerían consigo la integración de la inversión china a las compañías mexicanas, se reflejarían para China en el hecho de ahorrarse tiempo en la entrega de los despachos, el cual depende de la distancia y la escala en las operaciones, dada la posición geográfica de nuestro país, y no sólo en términos de distancia geográfica, sino sobre todo que, China goce de las concesiones arancelarias que el TLCAN ofrece; para México las ventajas, se materializarían en el aumento de las exportaciones, aprovechamiento de la inversión china como un complemento del capital nacional, cuyos efectos impactarían positivamente el crecimiento de la economía mexicana, competitividad internacional, generación de empleos, derrama tecnológica, profundización y creación encadenamientos productivos, así como un desarrollo empresarial local.

Lo anterior, en el entendido de integrar el capital extranjero chino con el mexicano a través de la constitución de Joint Ventures, la cual es hoy una forma revolucionaria de asociación.

Pues, la inversión extranjera directa es hoy sin duda, la pieza estratégica con la cual cuentan los países cuyo desarrollo industrial y tecnológico ya no responde a las exigencias del mercado, siendo menester la participación de agentes externos que impulsen su crecimiento, es así que, como parte inherente de las políticas económicas y de desarrollo es preciso que exista una óptima y eficaz regulación de la inversión extranjera directa, esencialmente cuando hoy se gestan nuevas formas de asociación internacional capaces de penetrar las estructuras económicas nacionales proyectando positivamente hacia el exterior y el interior, siempre y cuando el encauzamiento se adecuado y más aún hoy en un mundo tan competido como el nuestro.

En concordancia con lo expuesto, advertimos que México inevitablemente se está viendo desplazado en las exportaciones a EE.UU. nuestro principal mercado de exportaciones, por parte del gigante asiático, ello significa que hoy más que nunca México debe construir relaciones de coordinación con aquellos que pueden aportarnos experiencia tecnológica y por ende nosotros ofrezcamos en esa relación de coordinación los instrumentos necesarios que eviten se obstaculice este intercambio recíproco de beneficios, bajo ésta premisa y en aras de que la economía mexicana crezca, México debe flexibilizarse en materia de inversión extranjera directa.

Es por ello que el presente trabajo consistirá en analizar detalladamente el marco conceptual que rodea a la inversión extranjera directa en México, China, los países del TLCAN y la Unión Europea, haciendo una síntesis comparativa, cuyo fin será el proporcionarnos un esquema de posibilidades viable que permita la factibilidad de la constitución y operación de Joint Ventures México-China y su proyección en el marco de exportaciones del TLCAN.

JOINT VENTURES: CHINA - MÉXICO BAJO EL ESQUEMA DE EXPORTACIONES DEL TLCAN.

“Los nuevos contratos denominados modernos, surgen para “canalizar jurídicamente” las necesidades del intercambio comercial que la sociedad moderna ha creado. En consecuencia, los contratos responden a una necesidad social, los nuevos contratos que han logrado fortuna, son aquellos que se han convertido en tipos contractuales, aún cuando no se encuentren legislados, -esto es una cuestión de tiempo-; son aquellos que mejor han satisfecho la nueva dinámica del tráfico mercantil. Precisamente este es uno de los factores que han permitido universalizar su uso”.

Walter Gutiérrez.

CAPÍTULO 1. PROCESO DE FORMACIÓN DEL JOINT VENTURE.

1.1 ORIGEN

Históricamente, el contrato de asociación o colaboración empresarial, hoy llamado *Joint Venture*, cuya naturaleza contractual es la de “unir a dos o más empresas en forma temporal con el fin específico de llevar a cabo una actividad conjunta”, reviste elementos varios en cada una de las épocas en las cuales su evolución se ha gestado siglos atrás, hoy es más compleja, es decir, tiene una larga historia dentro del mundo de los negocios internacionales. Si bien se detectan emprendimientos conjuntos desde tiempos ancestrales, tenemos que desde los fenicios, las Compañías de Indias y el comercio que realizaban en forma primaria y menos sofisticada, contrastan con lo que hoy en día se puede hacer.

Sus raíces se encuentran en el inicio del comercio, a través de las asociaciones comerciales de los fenicios, de los egipcios y de los **asirio-babilonios**,¹ sin embargo la figura aparece nítidamente en los institutos asociativos mercantiles italianos del siglo XVIII, en particular con las figuras de la *colleganza* en Venecia y de la *commenda* en Génova,² formas de organización de la actividad mercantil volcadas a disciplinar y coordinar esfuerzos por cada viaje

¹ Pueblo formado después de la Caída de Nínive en manos de los babilonios, quienes conquistaron la poderosa Asiria hacia el año 630 a.C., puesto que destruida Asiria sin un gobernante y con los babilonios asentados en este territorio se ven obligados ambos pueblos a coexistir como uno solo, por lo que en lo sucesivo se les denominará asirio-babilonios.

² Llamada también *societas* o *collegantia*, el capitalista anticipaba los dos tercios del capital necesario y el mercader ponía su trabajo y el otro tercio del capital. Si había pérdidas, se soportaban en proporción al capital aportado, y si había ganancias, se repartían por mitades. En general, este contrato se convenía por un viaje.

internacional y consentir a los participantes una ventajosa limitación de la responsabilidad.³

La noción de *Joint Venture* salta luego al Támesis con el nombre de *Gerntleman Adventures* que, con sentido práctico limita el riesgo individual de los operadores en las expediciones de mercancías hacia las grandes ferias de la Europa Continental. El vínculo que los *adventures* asumían era limitado a cada expedición, quedando inalterada su libertad de participar en otros actos de comercio, después de la repartición de los lucros obtenidos y la liquidación de las compensaciones debidas a la administración.⁴

En este orden de ideas es claro que la *Joint Venture* tiene contratos que le anteceden, tanto en sus formas más primarias, hasta las más complicadas y que son más cercanas a su práctica, puesto que también son formas de asociación corporativa, entre ellas están los *mergers*, los *acquisitions* y el *outsourcing*.

a) MERGERS.

Se conoce en el mundo financiero y legal al **merger** como: “la combinación de dos o más negocios o empresas, en una sola, perdiendo los negocios o empresas que se adhieren o fusionan con la empresa principal su identidad independiente, es decir, que solo la compañía principal mantiene su nombre y personalidad jurídica, adquiriendo los derechos de las partes que se integraron a la misma”.

Un *merger* puede ocurrir a través de la venta del capital de una empresa, incluyendo propiedades, materiales, dinero en efectivo, etc., pudiendo ser el pago por estas en efectivo o con acciones de la empresa compradora. El comprador puede decidir en lugar de adquirir las acciones de la otra compañía, convertirse en una empresa holding,⁵ y de esta forma disolver a la compañía ahora subsidiaria.

b) ACQUISITIONS.

En lo referente a los *acquisitions*, se entiende por este término, “la acción por la cual una empresa adquiere a otra, pudiendo ser esto por un contrato de compraventa, por recibirla como pago de una deuda, o por cualquier otra de las forma traslativa de dominio”.⁶

³ SIERRALTA, Ríos Aníbal. *Joint venture internacional*. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina, Pág. 43.

⁴ *Idem*.

⁵ Se entiende comúnmente a aquella sociedad que cuenta con suficientes derechos de voto en otra compañía para influir en su Consejo de Administración y diseñar su política empresarial.

⁶ FARINA, Juan. *Contratos Comerciales Modernos*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1993.

c) **OUTSOURCING**

El *Outsourcing* es una práctica que, en la era moderna fue llevada a cabo por compañías competitivas como parte una estrategia de negocios.

Después de la segunda guerra mundial, las empresas trataron de concentrar en sí mismas la mayor cantidad posible de actividades, para no tener que depender de los proveedores. Sin embargo, esta estrategia que en principio resultara efectiva, fue haciéndose obsoleta con el desarrollo de la tecnología, ya que nunca los departamentos de una empresa podían mantenerse tan actualizados y competitivos como lo hacían las agencias independientes especializadas en un área, además, su capacidad de servicio para acompañar la estrategia de crecimiento era insuficiente.

El concepto de *Outsourcing* comienza a ganar credibilidad al inicio de la década de los 70's enfocado, sobre todo, a las áreas de información tecnológica en las empresas. Las primeras empresas en implementar modelos de *Outsourcing* fueron gigantes como Arthur Andersen, Price Waterhouse y otros.

“*Outsourcing* consiste básicamente en la contratación externa de recursos anexos, mientras la organización se dedica exclusivamente a la razón de su negocio.”

Un servicio de estos busca resolver problemas funcionales y/o financieros a través de un enfoque que combina infraestructura, tecnológica, recursos humanos y estructura financiera en un contrato definido a largo plazo.

La compañía contratante logrará en términos generales, una "Funcionalidad mayor" a la que tenía internamente con "Costos Inferiores" en la mayoría de los casos.

El *Outsourcing* es un término creado en 1980, para describir la creciente tendencia de grandes compañías que estaban transfiriendo sus sistemas de información a proveedores.⁷

En 1998, el *Outsourcing* alcanzó una cifra de negocio a nivel mundial de cien mil millones de dólares. De acuerdo con estudios recientes, esta cantidad se disparará hasta 282 mil millones de dólares.

Al tener una noción de éstas figuras es claro que, constituyen un antecedente escueto con respecto a las *Joint Ventures*, sin embargo ello ha servido para que hoy día la *Joint Venture* se esté consolidando como una forma de optimización empresarial.

⁷ Rothery, Brian y Ian Robertson, "OUTSOURCING". La subcontratación. Editora Limusa, 2da edición, 1997

1.2 ANTECEDENTES

1.2.1 ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

La figura se consolida en la segunda mitad de 1800, cuando se constituye la *Terminal Railroad Association of ST. Louis*, asociación en común constituida en 1889 por quince compañías ferroviarias, para adecuar las estructuras de aquel importante desembarcadero ferroviario.

También es común datar de 1808, con la primera aparición de la expresión *Joint Venture* en una decisión judicial en los Estados Unidos, sin embargo, al respecto se manifestaron dudas de porque apareció la expresión *Joint Venture*, en posteriores sentencias, no obstante ello, a finales del siglo XIX la jurisprudencia norteamericana empezó a señalar de manera reiterada que la *Joint Venture* es una figura con características propias y después de múltiples posiciones doctrinales,⁸ los tribunales estadounidenses bautizaron la expresión tal y como se conoce ahora en el ámbito del comercio internacional.⁹

A finales del siglo XIX, se siguieron constituyendo muchos otros *Joint Ventures* organizados, sobre todo en forma societaria, en el sector ferroviario para la construcción de puentes y estaciones. Así en los primeros años del siglo XX, en los EE.UU. las *Joint Ventures* comenzaron a surgir por la distribución del riesgo en actividades marítimas, la búsqueda minera de metales preciosos y las exploraciones petrolíferas.

1.2.2 INGLATERRA

Las *Joint Ventures* se pueden remontar al Siglo XVIII con el derecho Anglosajón, el cual encuentra su fuerza en el derecho escocés y su característica esencial en la transitoriedad de la asociación, asemejándose también a la figura de la Asociación en Participación del derecho francés. En efecto, durante este siglo, fueron creadas en Inglaterra, dos instituciones de derecho societario: "*Partnership* y la *Corporation*" desarrollada de la forma más primitiva el de la primera la *joint stock compagny*, el instrumento más aplicado por las grandes compañías coloniales.

Partnership del inglés "*to part*", del latín "*partiri*", en español "partir" o "compartir", designa la relación que existe entre dos o más personas que realizan un negocio en común, y la de estos con terceros. En 1890, sobre las base del proyecto de Sir Frederick Pollok, se dicta en Inglaterra la *Partnership Act* con el

⁸ Según señaló el Tribunal una *Joint Venture* es una *partnership* limitada en cuanto a su objeto y duración.

⁹ Existen dos precedentes jurisprudenciales que delinean el origen y algunas características, ellos son los casos *Ross V. Willet* y *Meinhard V. Salmon*, en donde se fijaron el alcance de las responsabilidades entre los socios y el carácter esencialmente fiduciario de la relación *Joint Venture*.

propósito, de declarar el *Common Law*. Poco después (1907) se dicta la *Limited Partnership Act*.¹⁰

Una idea importante del *Common Law* es que, cuando un tercero contrata con uno de los partícipes posiblemente tenga en cuenta, no sólo el crédito de aquel con quien contrata, sino también de aquellos con los que se tenga el negocio común.

En el caso de 1793, se decidía un acuerdo entre dos agentes marítimos que operaban en puertos distintos y habían convenido reconocerse cierta participación recíproca de sus respectivas comisiones y utilidades, aunque con la expresa salvedad de que ninguno sería responsable por las pérdidas del otro. El fallo aceptó que éste acuerdo no constituía un *partnership*, pero sobre la base del fallo de 1775 parecía establecer una regla de que, “todo el que toma parte en las utilidades de un negocio debe también soportar su parte de las pérdidas”.

La posición que finalmente tomó la judicatura fue que, la *Bovill's Act* proponía marcar las fronteras de la *partnership* respecto de otras figuras que implicaban coparticipación en las utilidades, pero no autorizar una limitación de responsabilidad si la relación era caracterizada como una *partnership*.

Por otro lado la *Companies Act* no establece la obligación de registrarse para toda sociedad, *partnership* o asociación: tal registro sólo constituye una condición para poder disfrutar de la limitación de la responsabilidad de otros atributos de la “incorporación”, de ahí que el parlamento en 1907 dictara la *Limited Partnership Act*, cuya ley sigue el modelo francés de la sociedad en comandita simple, la cual distingue entre “*general partners*” (de responsabilidad ilimitada y “*limited partners*” (de responsabilidad limitada).

Por el lado de la *partnership*, su nombre y regulación es la de todo negocio en común, salvo que las partes hayan optado por sujetar su relación a un régimen especial, para lo cual deben cumplir con el requisito de inscripción.¹¹

1.2.3 FRANCIA

En Francia existe un análogo a la *Joint Venture*, el generalmente citado es la *société de participation*, incrementada a lo largo del siglo XIX para la adquisición en conjunto de gran cantidad de mercaderías para división y venta de lotes. Existen otros institutos del derecho francés por ejemplo, se habla del *Grupement d'interet economique*. También se alude a la *filiale commune*.¹²

¹⁰ Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

¹¹ LE PERA, Sergio *Joint venture y sociedad: acuerdos de coparticipación empresaria*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1992. Págs. 29-49.

¹² MIQUEL, Rodríguez Jorge *La sociedad conjunta : joint venture corporation*. Editorial Civitas. Madrid, España, 1998, Pág. 84.

De hecho actualmente Francia regula ésta figura a través de la ordenanza 67-821 del 23 de septiembre de 1967, y es denominada como ya mencionamos agrupación de interés económico (*Groupement d'intérêt économique*).

En éste sentido el *Groupement d'intérêt économique* (G.I.E), se caracteriza por estar constituido por una o más personas físicas o morales, por tiempo determinado, con el objeto de poner en ejecución todos los medios necesarios para facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros, para mejorar y acrecentar dicha actividad.¹³

1.2.4 CHINA

Es admirable observar que hacia el siglo XV, se desarrollaron los imperios Otomano y el Ming -en China-, lo cual significó la integración de un bloque comercial eurasiático, que se tradujo en el establecimiento de una economía a escala global en la que podía observarse la tendencia de promocionar el capital privado para invertirlo en ésta nueva práctica.¹⁴

Es así que, China ha pasado rápidamente a un proceso de modernización propiciado por el nuevo régimen, a partir de 1949 y hasta 1976, con todas las críticas a ciertas etapas de "irracionalidad económica", logró transformar un país semicolonial y verdaderamente arcaico en una de las nuevas potencias industriales del mundo hacia mediados de la década de los setenta.

“En primer término debemos abordar hechos concretos que han hecho crecer a la China, precisamente en 1980 se inicia la apertura de las primeras Zonas Económicas Especiales (ZEE) de Shenzhen, Zhuhai, Shantou (Guangdong) y Xiamen (Fujian), y profundizada en 1984 con la apertura de 14 ciudades costeras (entre ellas Shangai), en la actualidad la imbricación de China en la economía global se ha acelerado: apertura de nuevas zonas y ciudades, y una multiplicidad de status jurídico - administrativos, que incluyen por ejemplo a Macao y Hong Kong como Regiones Administrativas Especiales. Precisamente, el objetivo del establecimiento de las ZEE y de las ciudades costeras es la atracción de la inversión extranjera, por medio del otorgamiento de ventajas fiscales, simplificación de trámites y legislación relativa a importación y exportación, del otorgamiento de mayor autonomía administrativa y legislativa, y de la oferta de tierra y mano de obra barata a los inversores.

En cuanto a las dimensiones de esta apertura, China es desde 1995 el mayor receptor de IED entre los países en vías de desarrollo, y el segundo del mundo luego de los EEUU. Con posterioridad a un rápido crecimiento inicial, el monto anual de la IED se ha estabilizado, con pequeñas alzas y bajas coyunturales, en aproximadamente 40 mil millones de dólares a lo largo del periodo 1993-2003. Actualmente la IED en China es de 62 mil millones de USD (2005).

¹³ ZALDÍVAR, Enrique, otros. *Contratos de colaboración empresarial: agrupaciones de colaboración uniones transitorias de empresas: Joint venture*. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. Págs. 35-36.

¹⁴ BOLAÑOS, Linares Rigel. *Inversión Extranjera*. Editorial Porrúa. México, D.F., 2002. Págs. 4 - 12.

Desde 1949 y durante toda la época maoísta existió una vinculación, de migración, familiar y/o basada en el lugar de origen (tonxiang) entre el continente, Taiwan y Hong Kong. Estos lazos forjados durante más de cuarenta años fueron rápidamente explotados a partir de la política de puertas abiertas dispuesta en las regiones costeras desde 1980. Los inversores chinos de ultramar rápidamente comenzaron a organizar negocios en el continente, ayudados por: a) sus redes de relaciones personales (guanxi), y b) su disponibilidad de capital y acceso al financiamiento externo. Precisamente, en cuanto al segundo punto, los chinos de ultramar son en estas redes el nexo que gestiona hacia China el capital financiero del resto del mundo (desde Singapur, Tailandia, Indonesia, Estados Unidos, Canadá, Australia, etc.). Los datos confirman el protagonismo de estas redes de inversión. El predominio de la IED proveniente de Hong Kong y Taiwan (juntos suman casi el 80% en 1992, y en progresión ascendente) es indiscutible.

Resta mencionar, finalmente, además de los capitales financieros internacionales y los inversores chinos de ultramar, al tercer actor involucrado en esta red de inversión: el gobierno en sus múltiples instancias. Haciendo hincapié en esta multiplicidad de instancias debido a que es imposible en el período reformista referirse al gobierno como un todo homogéneo. **Esto se debe a que una de las características que ha permitido poner en marcha la Reforma y a la vez constituir esta red de inversiones ha sido el proceso de creciente descentralización operado desde 1978.** Esta descentralización ha actuado en dos niveles: **primero, incrementando las atribuciones en materia económica de los gobiernos provinciales y sus responsabilidades fiscales, reestructurando así su lógica interna y obligándolos a actuar como "emprendedores" en busca de negocios de riesgo para proveerse de sus propios recursos; en segundo lugar, incrementando el margen de maniobra de ciertas instancias del Estado, tales como el Ejército popular de Liberación (EPL) y las SOE; así, tanto los mandos del EPL como los gerentes de las SOE han hecho suya la lógica anteriormente descrita, sumándose de este modo a lo que Castells ha dado en llamar "empresarios burocráticos". De este modo, invierten en joint-ventures, contratos de infraestructura y obra pública (el EPL tiene un gran protagonismo en este ámbito, desde que Deng Xiaoping autorizara e incentivara su participación en la economía civil) convirtiéndose ya en un socio "obligatorio" para los inversores chinos de ultramar.** Es que, en efecto, muchas veces su participación en los negocios es sellada a través de acuerdos informales, banquetes, "regalos de cortesía", componentes de las guanxi, dilema de oro para la administración central: o las tolera, enajenándose la oposición de la sociedad civil y los organismos internacionales, o, en el camino de la "legalidad socialista", las persigue y criminaliza, poniendo en riesgo lo que hoy por hoy es uno de los mecanismos fundamentales del nuevo capitalismo chino. Muchas veces también los "empresarios burocráticos" acumulan capital por vías no convencionales en una economía de mercado, tales como diferencias entre los salarios acordados con los inversores de ultramar y los efectivamente pagados a los trabajadores chinos (el socio chino generalmente es el encargado de gestionar la contratación de mano de obra), y la especulación con el tipo de cambio (ya que gestionan también la compra de insumos, cobrados a los inversores en dólares o dólares de Hong Kong, y pagados en yuan en China).

Las empresas de propiedad estatal: la reestructuración y sus límites

El gobierno ha emprendido, además de la incentivación de la inversión de acuerdo a la lógica que acabamos de exponer, una reestructuración de las empresas del sector público (State-Owned Enterprises, SOE), cuyos efectos

conforman un proceso que marca las siguientes tendencias, que apuntan a la descentralización, a la realimentación entre política y economía, y al desarrollo de la racionalidad empresarial en burócratas y gerentes.

El Estado se reservó siempre una proporción de las acciones, que no podía ser transferida. De hecho, la privatización está extendida en la actualidad más como forma de capitalizar a la empresa que como mecanismo de transferencia del control efectivo sobre la misma. La privatización empezó siempre a escala local, siendo refrendada luego por la administración central.

Se produce aquí la autorización de la conversión de las SOE en sociedades por acciones, a partir de la sanción de la Ley de Compañías de 1988: para 1991 ya había 709 empresas estatales estructuradas bajo esa forma. Para 1993, la cifra superaba las 3.000. Modesta no obstante en proporción, si recordamos que el total de unidades de producción bajo la órbita estatal alcanza a las 220.000, aproximadamente). Por otro lado, esta corporativización (de por sí importante, ya que saca a las empresas de la órbita directa del gobierno) fue acompañada por un reforzamiento paralelo del control oficial sobre los gerentes, a partir de una mayor participación de los organismos gubernamentales en la designación, control y supervisión de estos funcionarios

La Ley instituye un modelo jerárquico de agencias estructuradas en tres niveles:

En un primer nivel, el ejecutivo (Consejo de Estado) o el legislativo (Asamblea Nacional del Pueblo o Congreso Popular local) del nivel jurisdiccional de que se trate, fungen como propietarios formales de las empresas. En un segundo nivel se estructuran las instituciones encargadas de gestionar las operaciones cotidianas de las empresas. Estas instituciones son designadas en la Ley de Compañías como "instituciones de inversión autorizadas por el Estado." La forma operativa bajo la cual se implican en la gestión de la empresa es a partir de su rol como accionistas. Este rol les permite la participación con derecho a voto en las asambleas de la empresa y, más importante, les asigna lugares en los directorios de las SOE. En un tercer nivel, las SOE propiamente dichas.¹⁵

Después de las reformas estructurales implementadas por Deng Xiaoping en 1978, la historia de China ha sido otra, pues hoy se ha colocado como una gran potencia comercial a vencer; así en este rápido proceso para el crecimiento económico del país, China ha experimentado e implementado técnicas de tipo legislativo que impactan a las relaciones entre inversionistas hacia la China, por lo que hoy China tiene un catálogo de leyes innovadoras, las cuales permiten participar a la inversión extranjera bajo diversos esquemas, en estos esquemas se tiene contemplado a las *Joint Ventures*, figura sumamente flexible que actualmente es un instrumento de crecimiento empresarial y económico nacional que está teniendo gran éxito entre los inversionistas y los receptores locales de inversión como lo es China.

¹⁵ **Un aporte a la comprensión de la República Popular China hoy: economía, intervención estatal y consecuencias sociales.** Texto publicado por *The Economist* y traducido al castellano por la Fundación Alindar.

En éste contexto es claro que, no podíamos dejar de lado el proceso de transformación económico que ha experimentado China, puesto que de otra forma no podríamos entender como es que ahora tiene la estructura para permitir la creación de *Joint Ventures*, ya que si bien en un principio no eran bienvenidas éste tipo de prácticas, hoy el gobierno ha implementado nuevas formas y normas para que estas puedan llevarse a cabo.

En este tenor, China permite la creación de *Joint Ventures* en el marco de las empresas mixtas, considerándola como una sociedad de responsabilidad limitada sujeta a la aprobación del gobierno chino en la que una parte del capital social pertenece a uno o varios socios chinos y otra parte a uno o varios socios extranjeros. La Ley de Empresas Mixtas (*Joint Venture Law, 1979*)¹⁶ distingue dos tipos de empresas mixtas: empresa mixta por acciones o convencional y empresa mixta contractual o cooperativa (*contractual o co-operative joint venture*). Así es como China regula hoy día esta figura, sin embargo no es tema de este apartado dar una explicación completa de la figura, por lo que en el tema respectivo lo abordaremos de manera precisa.

1.2.5 MÉXICO

Ahora bien y en razón de que en éste capítulo abordaremos los antecedentes de las *Joint Ventures* en México, es menester primero conocer como es que surge la inversión extranjera, para que en segundo término entremos al estudio de cómo este tipo de asociación empresarial tendría materialización en México.

Iniciando desde la época colonial, en donde el coloniaje se agudizó en la Nueva España por el ansia de riqueza de los conquistadores, se produjo una agresiva desintegración del complejo mosaico étnico asentado en este territorio. La Corona se guiaba por los informes amañados de los subordinados. La resultante fue que la propiedad comunal pasó a ser propiedad privada.

Es así que, el Estado mexicano tomó cuerpo hasta después de que se formalizó la independencia política, que organizó al Estado con base en la Constitución de 1824, que se adhirió al federalismo, pero se consolidó con el sistema económico capitalista.

De acuerdo con Medina Cervantes, en este marco México fue atractivo para EE.UU. que había superado sus fluctuaciones económicas, acompañada por el crecimiento del mercado interno y de la población.

¹⁶ The **Law** of the Peoples Republic of China on Chinese-Foreign Equity JointVentures (julio de 1979, revisada en abril de 1990 y marzo de 2001, por el Nacional.

Luego la entronización del General Antonio López de Santa Anna, expeditó el camino para la misión del inversionista extranjero, cambió el sistema a centralista provocando con ello el recurrir a empréstitos externos, después la inminente derrota de Santa Anna en manos del ejército Yanqui, dando inicio al proceso de ablandamiento de la mitad de nuestro territorio, así en 1848 con los tratados de Guadalupe Hidalgo cedimos Texas, Nuevo, México, Alta California, culminando con la compraventa de la Mesilla en 1853.

Pasando la reforma y después al Porfiriato, etapa en la cual el mundo atravesaba por la fase del capitalismo financiero, que equivalía a la exportación programada de recursos monetarios y de su respaldo en la tecnología, administración y todo aquello que garantizara una óptima inversión. En México existía una desarticulación económica, donde el General Díaz decidió incursionar en el ámbito de las relaciones internacionales, difundiendo las bondades naturales e institucionales que ofrecía México, cuyo fin era el de impulsar el crecimiento del país, sin importar el costo material y social, y dicho plan sólo podía ser materializado por la **inversión extranjera**, lo que durante los treinta y cinco años de paz constituyó la espina dorsal de la paz y administración porfiriana.

Estos empresarios invirtieron en actividades primarias, y para hacerlas más redituables adquieren predios para la ganadería y la agricultura, poseyendo un gran poder económico y político, no obstante ello, los inversionistas extranjeros efectuaron una irracional explotación de los recursos, la consecuencia es que en este periodo se empezaron a utilizar las herramientas jurídicas para regular la explotación de los recursos mexicanos por inversionistas extranjeros como lo fue **“la concesión”**, pues el General Díaz siempre se inclinó a favor de la afluencia del capital extranjero, ya que aseveraba que en el país no existían recursos financieros suficientes para impulsar el progreso general.

Sin embargo, es importante recalcar que el capital mexicano quedó relegado, representando “más que una fracción marginal de la inversión total de la industria y ese capital se encontraba principalmente, en pequeñas plantas fuera de los principales centros de actividad económica, y en algunos casos, cuando sus factorías empezaban a crecer verticalmente, **eran presionados para asociarse con los extranjeros y finalmente ser eliminados del panorama económico.**

Cabe mencionar que durante la administración porfirista se cedió a las presiones externas, autorizando la inversión extranjera, sin que hubiera una debida regulación jurídica y un control financiero sobre esa penetración económica.

Parte de lo que generó este periodo, fue en efecto un crecimiento económico, la formación de una clase criolla burguesa y el proletariado como contrapartida, trayendo como consecuencia el empobrecimiento de los peones acasillados y la naciente clase obrera generaron una compleja serie de conflictos que, incuba la Revolución de 1910.

Posterior a la Revolución, y ya preparado en Constituyente de 1917 se promulgó la Constitución que hoy nos rige, en dicho documento se implantó la institucionalización del orden social, resaltándose el artículo 27 constitucional que señala <<la prohibición absoluta a los extranjeros y a las sociedades extranjeras de adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas de la franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y en cincuenta kilómetros en playa>> (Cláusula Calvo).

Aquí se circunscribió lo relacionado con la inversión extranjera, pues en lo sucesivo, la falta de reglamentación en éste renglón ocasionó una serie de problemas interminables y que aún hoy la ineficacia de su reglamentación afecta seriamente el desarrollo de nuestra economía.

Derivado del periodo porfirista, las empresas transnacionales y en especial las petroleras, se movían en tierra de nadie, motivo suficiente para que el presidente en turno el General Lázaro Cárdenas del Río se diera a la tarea de reorientar y precisar los objetivos del Estado. El ambiente se reforzó con los conflictos internacionales que tenían las grandes potencias, creando así un terreno fértil para la expropiación petrolera, ello en efecto provocó una intensa presión interna y externa por las poderosas empresas afectadas. Ante ello se reafirmó la postura de México respecto de los bienes expropiados. Puesto que el decreto del 18 de marzo de 1938 reforzó la decisión:

“Si algunos sectores han creído que las inversiones extranjeras hacen bien al país, están en un error. Habría beneficio para México cuando las utilidades se invirtieran o quedaran aquí mismo, pero no sucediendo así, la realidad es que las industrias extractivas, que en su mayoría están en manos de extranjeros, vienen agotando al país, sin que el pueblo mejore su vida...”

Relegados los inversionistas, mas no vencidos, planearon una estrategia para rehacer sus objetivos. La embestida la llevaron a cabo a finales del sexenio cardenista, al auspiciar la formulación del Partido Acción Nacional, para ser utilizado como una trinchera política. Es así que con el presidente Manuel Ávila Camacho, se definió su posición ante los inversionistas, se fijó un cambio en la política económica, trayendo aparejadas las concesiones del sector industrial. Como medida se pretendió revitalizar la economía y a la vez propiciar una salida a los mercados exteriores.

El Estado se vio obligado a propiciar además del marco superestructural, el apoyo material, financiero y el ambiente social que salvaguardaran y eliminaran los riesgos a los capitalistas extranjeros. Es este escenario surgió la preocupación del industrial nacional de protegerse, presionando al poder público para que reglamentara las actividades, campos, intensidad y en especial obstaculice la tendencia monopólica de las empresas extranjeras.¹⁷

¹⁷ MEDINA, Cervantes José Ramón. *El Estado entre la inversión extranjera directa y los grupos privados de empresarios*. Editorial Premià. México, D.F., 1984. Págs. 27-45.

Por lo que el 07 de julio de 1944,¹⁸ se publicó el decreto que reguló a las actividades del capital foráneo, pues estaban conscientes del exiguo ahorro interno para apoyar los proyectos industriales y sociales.¹⁹

Paulatinamente la IED, es regulada hasta los setenta con la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera (DOF, 1973) de 1973 representa un parteaguas. Esta establece que – el petróleo y los demás hidrocarburos, petroquímica básica, explotación de minerales radioactivos y generación de energía nuclear, minería, electricidad, ferrocarriles, comunicaciones telegráficas y radiotelegráficas, pero también todas las que fijen las normas específicas— serán reservadas exclusivamente al Estado.

Otras actividades incluyendo radio y televisión, transporte automotor urbano, transportes aéreos y marítimos nacionales, explotación forestal, distribución de gas y las que se fijaron en determinados ordenamientos, las reservadas exclusivamente a mexicanos. Por último, la inversión extranjera podía tener una participación máxima de entre el 40% y el 49% del capital de empresas y actividades relacionadas a la explotación y aprovechamiento de sustancias minerales, productos secundarios de la industria petroquímica, fabricación de vehículos automotores y otras que se señalen en leyes específicas. Esta Ley, en general, le otorgaba poderes discrecionales al Estado para determinar en qué sectores y actividades la inversión extranjera no excediera del 49% del capital social de las empresas.

El gobierno, a través de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (CNIE, creada en 1973 al amparo de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera) se ha convertido, desde entonces, en la principal institución que establece las políticas relacionadas a la inversión extranjera. El Registro Nacional de Inversiones Extranjeras (RNIE creado igualmente por la citada ley), es por otra parte, la institución en la cual deberá registrarse toda inversión extranjera, sin excepción. La CNIE, de igual forma, otorgará previa autorización a toda inversión extranjera antes de la autorización de la respectiva Secretaría. Además, en la Ley se destaca explícitamente que la CNIE autorizará inversiones extranjeras y sus porcentajes de participación con el objeto de que estas inversiones sean complementarias a las nacionales y no desplacen a empresas nacionales. De igual forma, su efecto positivo en la balanza comercial, el empleo y la incorporación de insumos y componentes nacionales, entre más de 17 disposiciones, serán los criterios para la autorización de la CNIE.

La ley actual es la Ley de Inversión Extranjera del 27 de diciembre de 1993 que ya incluye una serie de cambios legislativos que se anticipan al TLCAN implementado unos días antes, el primero de enero de 1994. No obstante, la Reforma a la Ley en 1996, numerosos cambios legislativos conforme a sectores

¹⁸ Decreto que establece la necesidad transitoria de obtener permiso para la adquisición de bienes extranjeros y para la constitución o modificación de sociedades mexicanas que tengan o tuvieren socios extranjeros.

¹⁹ MORONES, Lara Guadalupe – DÍAZ, Luis Miguel. *Inversión Extranjera: Derecho Mexicano y Derecho Internacional*. Editorial Themis. México, 2001. Págs. 12-13.

específicos (incluyendo telecomunicaciones, ferrocarriles, el sector financiero, etc.) y el Reglamento de la Ley en 1998, aseguran la compatibilidad de la normatividad mexicana con el TLCAN, incluyendo aspectos sobre la protección de la propiedad intelectual.

El TLCAN es un parteaguas en torno a la legislación sobre la IED en México. Internamente, y antes de la implementación del acuerdo en 1994, el gobierno de México se ha visto en la necesidad de realizar múltiples modificaciones, reformas e incluso de elaborar nuevas leyes para sectores que se vieron afectados. La Ley de Inversión Extranjera refleja esta tendencia. Sin embargo, el TLCAN va mucho más allá de estas implicaciones legislativas. Desde entonces, el TLCAN se ha convertido para el gobierno en el “techo” para toda negociación bilateral o multilateral de comercio y de inversión, considerando que México anteriormente no tenía acuerdos de inversión con otras naciones.²⁰

Si bien es cierto, en México no existe una regulación que nos permita encuadrar de manera exacta esta figura *Joint Venture* que, hoy día difícilmente la podemos encontrar bien estructurada en otros sistemas jurídicos, es claro que con la legislación que hoy existe en México es complicado encuadrar cada uno de los efectos y modalidades que esta figura en la práctica demanda.

No obstante ello, dentro de nuestra legislación sólo existen formas legales que la *Joint Venture* puede revestir, y toda vez que como lo abordaremos en este trabajo, la *Joint Venture* se va a constituir con capital extranjero, nuestra legislación tiene bien definido el panorama legal en el que la inversión extranjera puede actuar tal y como lo glosaremos en el capítulo respectivo, por lo que si bien no hay en México un reconocimiento expreso por la ley de la figura *Joint Venture* si existen formas que puede tomar esta figura, ya sea como una sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada o bien simplemente un contrato entre una empresa mexicana y una extranjera cuando la naturaleza de la operación requiera una forma más simple de acción.

En lo que concierne a intervención de empresas mexicanas y extranjeras en una relación conjunta, México ha suscrito convenios y tratados en los cuales se han dado los lineamientos generales de cómo en un dado caso pueden resolverse los problemas que surjan de dicha relación, no así contemplan normas que regulen el fondo de este tipo de asociaciones.

1.3 NATURALEZA JURÍDICA

El origen histórico del acuerdo *Joint Venture*, nos lleva sin duda a comprender que tiene fundamentalmente un carácter contractual y es en función de él que posteriormente, se ha ido modelando la *Joint Venture Corporation*.

²⁰ DUSSEL, Peters Enrique. *La Inversión Extranjera en México*. Editado por la CEPAL- Naciones Unidas. Santiago De Chile, 2000. Págs. 9-13.

La *Joint Venture* a pesar de su reciente y aún breve incorporación en nuestra práctica comercial, y el laborioso proceso de conceptualización por parte de la jurisprudencia norteamericana y la doctrina, presenta una flexibilidad y facilidad de constitución que permite operar en los mercados externos, donde es considerado particularmente útil para los negocios internacionales.

Así la *Joint Venture* recibe en la doctrina diferentes denominaciones, entre ellas podemos encontrarla como: empresas mixtas, sociedades mixtas, empresas conjuntas, negocios conjuntos, asociaciones económicas internacionales y otras.

Para la doctrina, el contrato de asociación económica debe considerarse como un **contrato internacional**, pues una de sus partes es extranjero (tiene su domicilio en el extranjero, mueve su capital en el extranjero, puede transferir tecnología, y tiene relevancia económica internacional), atendiendo a ello la doctrina jurídica establece que para seleccionar la ley aplicable a estos tipos de contratos, el factor esencial lo constituye el acuerdo de voluntades entre las partes, o sea ellos deciden qué ley regirá la relación contractual.

Por su parte, para un gran grupo de autores norteamericanos y la oficina Belga del Comercio Exterior la constitución de una nueva entidad con personalidad jurídica propia es accesoria ya que la transferencia de *know how* o tecnología en general, puede asumir variadas formas y originar una participación tan activa en la vida y el control de la empresa receptora de esa aportación tecnológica, que se puede considerar como empresa mixta, siempre que esté presente el otro elemento: **la participación en riesgos y beneficios.**

La referida oficina incluye los elementos que, en su opinión han sido admitidos por la generalidad, al enunciar que, “**una empresa conjunta** es una forma de colaboración entre empresas, caracterizada por una participación en los riesgos y los beneficios correspondientes a las actividades que son objeto de un acuerdo, una participación en el control financiero de las operaciones que resulten de esas actividades, una transferencia de *know how* y una forma jurídica ágil, capaz de adaptarse a las distintas legislaciones nacionales y a las diversas organizaciones que adopten los socios.”

Sin embargo, debido a que esta figura reviste las formas y alcances que el usuario le requiera dar, es mejor que demos el siguiente concepto, el cual no limita la figura, sino simplemente esboza su estructura básica:

“Es el acuerdo por el que dos o más partes se obligan (una extranjera y la otra nacional) –dentro de un plazo- a constituir una o varias sociedades, a participar conjuntamente en una sociedad, negocio o empresa existente, y a celebrar otros actos jurídicos relacionados, y en el cual se determinan los elementos esenciales de la sociedad, negociación y contratos relacionados, y las aportaciones a que cada parte se obliga”.

1.4 ELEMENTOS DE CREACIÓN

Es difícil dar un esquema igual para cada una de las modalidades que la *Joint Venture* puede tomar, puesto que es tan flexible en la práctica que sería inútil señalar un esquema restringido en el cual encuadrarla, sin embargo el documento en el cual se define como va a funcionar y hacia donde va encaminado nuestro contrato *Joint Venture* debe de quedar plasmado en el Contrato Base,²¹ que en nuestro caso trataremos de dar las características generales que se enfocan directamente al contrato para constituir una Sociedad *Joint Venture*.

Primero es necesario señalar las características generales de este contrato:

- a) Sujetos, pueden participar dos o más.
- b) El objeto del contrato puede ser: crear una nueva entidad jurídica (sociedad), participar en una existente o en una empresa o negociación, y celebrar los actos jurídicos relacionados con la sociedad a constituir o el negocio existente.
- c) En el contrato deben determinarse los elementos esenciales de la sociedad o negocio existente, y los de los actos jurídicos relacionados a celebrar.
- d) Se determinan las aportaciones obligatorias de cada parte, para los futuros actos jurídicos.
- e) Debe contener uno o varios plazos para el cumplimiento de los actos jurídicos materia del contrato. La obligación de las partes debe sujetarse a un término.

En este sentido y con base en las características que en nuestro país reviste un contrato cuya finalidad es la de constituir una sociedad mercantil, daremos un esquema de cómo se clasifica un *Joint Venture*:

- 1) Es mercantil, pues las partes que lo celebran suelen ser comerciantes, y los actos jurídicos que prometen celebrar son actos de comercio (constituir una sociedad, venta de acciones, contratos de agencia, suministro, transferencia de tecnología).
- 2) Es un contrato formal, pues debido a la naturaleza de sus obligaciones, por exigencia legal debe constar por escrito para ser válido.
- 3) Es un contrato bilateral (también puede ser plurilateral), ya que todas las partes se obligan.

²¹ De acuerdo a lo que señala el autor argentino **Aníbal Sierralta Ríos** se define al "Contrato Base" como el documento elaborado en función de las circunstancias o el medio ambiente en que va a operar una *joint venture*, sus objetivos, el equilibrio de las partes y la libertad de contratación.

- 4) Es oneroso, porque los provechos y gravámenes resultan para todos los contratantes.
- 5) En la mayoría de los casos, debe estimarse como aleatorio, debido a que el beneficio es incierto en el momento de su celebración.
- 6) Es un **contrato preparatorio**, en cuanto produce una situación jurídica preliminar para futuros actos jurídicos.
- 7) Es *intuitu personae*, en tanto las partes lo celebran por las cualidades personales o características de los sujetos que en el intervienen.
- 8) Es un contrato asociativo y de colaboración.
- 9) Es un contrato a largo plazo, que produce obligaciones de hacer.
- 10) Es un contrato atípico en virtud de que no existe normatividad exactamente aplicable y además no es contrato de los nominados en nuestra legislación.²²

Elementos de fondo

1. Capacidad de las partes

Las partes que intervienen en este contrato pueden ser dos o más, las cuales indefectiblemente requieren de la capacidad general para contratar, aun cuando para la celebración del contrato definitivo el socio extranjero tenga limitaciones legales para ser socio o accionista por una inversión mayor al máximo permitido por la Ley de Inversión Extranjera,²³ salvo especial autorización para el caso. Como las operaciones futuras están reguladas por diversas disposiciones de orden público, generalmente las partes se obligan dentro del campo de lo permitido para el acto definitivo. Sin embargo, debe distinguirse entre la capacidad para celebrar el contrato *Joint Venture* –preparatorio- y la capacidad requerida para los actos jurídicos definitivos, puesto que sin este elemento se vicia el contrato.

La característica fundamental de este tipo de contrato radica, por consiguiente, en que la relación contractual queda, desde el primer momento, firmemente establecida.

2. El Objeto

Los elementos contenidos en el objeto del contrato de *Joint Venture* son dos: los actos jurídicos futuros, los cuales deben estar apegados conforme a derecho, es decir, deben ser lícitos, y por otro lado el plazo.

²² ARCE, Gargollo Javier. *Contratos Mercantiles Atípicos*. Editorial Trillas. Segunda Edición. México, 1993. Págs. 206-207.

²³ Artículo 7 de la LIE.

- Los actos jurídicos futuros que las partes se obligan a celebrar pueden ser muy variados, y casi siempre se incluyen varios actos relacionados entre sí (contratos múltiples). Puesto que su fin es ser un contrato definitivo. De este modo, el contrato de *Joint Venture* debe incluir los elementos esenciales que configuran a cada acto jurídico futuro, materia del contrato.
- Para el caso de la obligación de constituir una sociedad (se habla sobre todo de la mercantil), se estima esencial que el negocio de *Joint Venture* mencione los socios, el objeto o fin social (considerando en términos generales) y la aportación de cada socio.

Elementos propios de la constitución de una Sociedad a través de un contrato *Joint Venture*.

Contrato Base

Se debe señalar que antes de constituir una sociedad de co-inversión, las partes inversionistas normalmente celebran el contrato de pre-organización, a veces denominado “contrato de co-inversión” (***joint venture contract***). Este contrato refleja el acuerdo de las partes para emprender un proyecto común y declara sus objetivos y políticas fundamentales.

El contrato de co-inversión debe establecer claramente los principales objetivos de la empresa propuesta, así como los arreglos particulares respecto de la propiedad y el control de ésta. Dependiendo de dicha forma de sociedad mercantil, el contrato de co-inversión debe establecer la estructura del capital corporativo de la empresa, incluyendo las aportaciones iniciales y subsecuentes, la forma de pago y avalúo de las acciones, la distribución y clasificación de las acciones y la transmisión de estas.²⁴

En este tenor es que a continuación trataremos estos puntos con más detalle.

Se consideran como esenciales la denominación, el domicilio, la cuantía del capital social, y la duración, pero pueden acordarse posteriormente a la celebración del contrato de *Joint Venture*, o sentar las bases hasta que se cumpla el contrato de *Joint Venture*, al constituir la sociedad.

Los otros elementos de suma importancia son la administración de la sociedad y otros detalles de su operación, los cuales no son esenciales para el contrato de sociedad, sino naturales, pues la ley suple la ausencia del pacto.

Si el **acto futuro previsto es la participación en un negocio, empresa o sociedad existente**, deben señalarse las características del negocio y el modo en que participaran una o varias partes; por ejemplo, venta de acciones o partes

²⁴ DAVIS, L. Reginald. *Industria Maquiladora y Subsidiarias de Co-inversión*. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, D.F., 1985. Pág. 336.

sociales, nuevas aportaciones, etcétera. En el contrato de *Joint Venture*, para los actos jurídicos que se han llamado relacionados, deben señalarse: las partes contratantes y los elementos esenciales de cada uno de los contratos, básicamente la o las obligaciones principales de cada parte. Si para alguno de los actos jurídicos futuros no se señalan las características esenciales, se piensa que la obligación de celebrar el futuro acto o contrato carece de materia y por tanto no es válido, pero sólo respecto de dicho acto.

Por último, se considera que durante la **vigencia** del contrato de *Joint Venture*, y antes de la celebración de los definitivos, las partes pueden completar o modificar su voluntad. Esta es una regla general, aplicable a todos los contratos, que puede ser frecuentemente utilizada en estos negocios jurídicos.

Para que sea válido, el contrato de *Joint Venture* debe constar por escrito, por lo tanto, resulta un contrato formal.

Obligaciones

Para todas las partes que intervienen en el contrato existen las mismas obligaciones: celebrar los actos jurídicos o contratos definitivos que previene el contrato de *Joint Venture*:

- a) Como obligaciones de las partes, suelen señalarse las aportaciones que otorgaran al nuevo negocio, además el pago del capital social de las entidades jurídicas a constituir. Estas aportaciones no siempre son en numerario o en bienes, pueden ser, por ejemplo, venta de maquinaria usada a un precio ventajoso (valor en libros), proyectos y planos para construir una planta industrial, diseños de productos, listas de materiales y proveedores, estudios de mercado, envío de técnicos para enseñar y capacitar al personal de la sociedad *Joint Venture*, información y asesoría sobre la administración del negocio, programas de computación y, en general, experiencia acumulada en actividades industriales y comerciales similares.²⁵
- b) En lo que concierne a las aportaciones y futura participación del socio extranjero en el capital de la sociedad, el contrato de *Joint Venture* debe tener en cuenta los máximos permitidos. Si el extranjero se obliga a más, sin prever la necesaria autorización de la Comisión Nacional de Inversión Extranjera, se pueden encontrar ante un objeto jurídicamente imposible como materia del contrato.
- c) Eventualmente, se colocan otras obligaciones para las partes, como guardar secretos (confidencialidad); la obligación de no asociarse con otros socios que puedan ser competidores; el deber de que cada parte pague los gastos que le corresponden; la responsabilidad por daños y perjuicios causados por el incumplimiento de algunos de los deberes impuestos.

²⁵Op. Cit. Arce Gargollo. Pág. 212.

- d) Así mismo, en el acuerdo de *Joint Venture* deben establecerse claramente las cuestiones relativas al control de la empresa, las aportaciones del capital, la división de las utilidades, la administración de la empresa, apoyo financiero y terminación, puesto ello constituye el todo en cuanto al funcionamiento de la *Joint Venture*.

En este tenor, también es importante destacar que, en la *Joint Venture* es necesario incluir los convenios y cláusulas necesarias y específicas que detallen claramente como va a funcionar en todos los rubros de operación y constitución, tal y como lo señala el autor argentino Aníbal Sierralta Ríos; por lo que es menester señalar los siguientes:

- **Convenio de Administración y Dirección**

En este convenio, se establece todo lo relativo a la administración y dirección de la empresa, así como cual de los socios va ser directamente responsable de la misma, los gastos que esta misma origina, la forma de cubrirlos, y en general da un panorama muy amplio acerca de como y quien debe y puede administrar y dirigir a la empresa. Para el caso de México y en caso de constituirse una Sociedad Anónima este rubro debe quedar contemplado en el Acta Constitutiva de la Sociedad.²⁶

Puesto que uno de los problemas a que se enfrentan las partes del contrato de *Joint Venture*, en esta clase de actos jurídicos, es lo relativo al control y a la administración que a cada parte le corresponderá sobre la nueva sociedad. Cada uno de los socios pretenderá garantizar sus derechos e intereses involucrados en la sociedad, y esto puede pactarse en el contrato de *Joint Venture*. La cuestión suele resolverse mediante el reconocimiento de los derechos de los accionistas o socios minoritarios, en las asambleas y consejos de la sociedad *Joint Venture*, muchas veces con mayor beneficio que los mínimos de protección que la Ley de Sociedades Mercantiles establece. Estos derechos se refieren, a la forma de hacer las convocatorias a las asambleas, a las materias adicionales que conocerá la asamblea extraordinaria, al quórum y votaciones de las asambleas, al derecho a designar consejeros y comisarios. También se protegen los derechos del socio extranjero, por lo general para intervenir directamente en la administración, mediante la creación de comités o la necesaria consulta al Consejo de Administración, para decisiones importantes relacionadas con la marcha del negocio (nombramiento de directores, inversiones en activos fijos, políticas de ventas, fijación de precios, nuevas líneas de productos, ventas de exportación).

Sin embargo, pese a que el contrato de *Joint Venture* puede prever gran parte de estas materias relacionadas con la administración de la sociedad, una vez que esta se constituye, las dificultades entre los socios se producen precisamente en este campo. En la operación de la *Joint Venture* se distinguen dos tipos de administración:

²⁶ De acuerdo con el artículo 91 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

- La del socio dominante, administrada por uno de los socios como si fuera totalmente su subsidiaria o filial, y en donde el socio mayoritario designa los directivos y toma las decisiones estratégicas.
- La administración compartida, en la que los dos socios administran la empresa y contribuyen con personal funcional. Este tipo de administración es común en empresas manufactureras, en las que un socio provee tecnología y otro el conocimiento del mercado.

Estos dos enfoques de la posible administración en una sociedad *Joint Venture*, pueden ser ventajosos para diferentes negocios o etapas evolutivas del desarrollo de una sociedad. Quizá en determinadas circunstancias sea más benéfico tener un esquema de administración y, posteriormente, cambiar el enfoque de intervención de los socios en la administración.

El éxito o fracaso de esta clase de sociedades *Joint Venture* depende en mucho de la concepción inicial que se tenga de la administración, y estos elementos y limitaciones deben estar contenidos en el contrato de *Joint Venture*. Se piensa que este tipo de contrato, en materia de administración de la futura sociedad,²⁷ debe contemplar algunos de los siguientes aspectos:

- a) Primero, qué asuntos conocerán las asambleas extraordinarias, las acciones ordinarias de los socios y la competencia del consejo.
- b) Debe definirse el funcionamiento de cada uno de estos órganos (asambleas, consejo), respecto a convocatoria, *quórum*, materias de su competencia y votaciones.
- c) El número de consejeros que cada socio tendrá derecho a elegir para integrar el órgano de administración. Difícilmente se decide, en este tipo de sociedades, que la administración recaiga en un administrador único.
- d) Determinar los asuntos que deberá conocer el consejo, el *quórum* y las votaciones, para cada uno de ellos; por ejemplo, nombramiento del director o gerente general y otros funcionarios claves; aprobación del puesto anual; del presupuesto de inversiones; contratación de pasivos; ampliación de líneas de fabricación, y otras más que imponen decisiones trascendentes en la operación de la *joint venture*.
- e) La creación e integración de otros órganos consultivos o de asesoría que intervengan –directa o indirectamente- en la administración. Se refiere a los comités generales o específicos para algunas áreas: nuevos proyectos, política de ventas, exportaciones, presupuestos financieros, etcétera.²⁸

²⁷ Con base a lo ordenado en la Ley General de Sociedades Mercantiles debe de regirse lo concerniente a la Administración de la Sociedad, puesto que en dicho ordenamiento se señalan parámetros generales dentro de los cuales cada sociedad puede hacer las respectivas modificaciones sin transgredir la ley.

²⁸ Artículos 87- 178 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

CONTRATOS SATÉLITES²⁹

- **Contratos de Transferencia de Tecnología**

Surgen con la finalidad de regular las aportaciones de los socios en materia de tecnología, y en el caso de que alguno de los socios (quien aportara la tecnología), quisiera tener control sobre el destino de la misma, se establece lo relativo a cómo y cuando se va a dar esa tecnología, al igual que si se va a otorgar una licencia para el uso de la misma o si se va a transmitir la propiedad de esta a la *Joint Venture*. Todo esto con la finalidad de proteger a quien aporta la tecnología en el caso de que la *Joint Venture* llegase a fallar.

- **Contratos de mercadeo y distribución**

En estos convenios se establece precisamente la forma en que se van a distribuir los productos o servicios y si estos van a ser exclusivamente los que produzcan u ofrezcan la *Joint Venture* o si se van a incluir los productos o servicios que fabriquen, presten o vendan las empresas contratantes.

- **Contrato de licencia de explotación sobre los derechos de autor y de la propiedad industrial.³⁰**

Se establecen claramente los derechos de cada uno de los contratantes por separado y de la *Joint Venture*, en lo relativo al uso de los derechos de propiedad industrial (patentes, marcas, etc.), para la comercialización de sus productos y en el caso de disolución o terminación de la misma, a quien correspondería la propiedad de dichos derechos. Es sumamente importante que dentro del contrato se estipule lo relativo al uso de la tecnología o acerca del desarrollo de la misma.

En el caso de que uno de los socios sea quien aporte la tecnología, el será quien propondrá la forma en que esta se va a utilizar, es decir la forma en que se van a conceder licencias para permitir el uso de esa tecnología, claro esta que él es quien propone, pero él o los demás socios deberán de estar de acuerdo en la forma en que esta situación se va a manejar, al igual que el establecimiento de las normas a seguir si la *Joint Venture* llegase a fracasar, es decir quién sería el que se quedaría con las licencias o si estas mismas deberán regresar al socio que las otorgó.

En cuestión de asuntos relacionados con el desarrollo de tecnología, se tiene que pactar la forma en que esta tecnología será registrada, a nombre de la *Joint Venture* o a nombre de uno de los socios, y que pasaría en el caso de disolución de la Sociedad, si uno de ellos se quedaría con los Derechos, o si los dividirían entre los socios o cualquier otra forma en que los socios hubiesen quedado de acuerdo.

²⁹ De acuerdo a lo que señala Aníbal Sierralta Ríos, debe entenderse por contrato satélite “es aquel acuerdo mediante el cual se van a especificar cuestiones que en el contrato base están insertas de manera general y es dependiente totalmente de éste contrato base para poder nacer a la vida jurídica y van a estipularse sólo cuestiones derivadas de manera directa del contrato base, que éste mismo va a establecer.”

³⁰ Debe estarse a lo establecido en la los principales acuerdos internacionales firmados por México en ésta materia (Convenio Berna, de París, de Roma), Ley Federal del Derecho de Autor y la Ley de la Propiedad Industrial.

- **Requerimientos legales.**

Sobre este es claro que, cada país tiene normas distintas y específicas en relación a los actos de comercio, la inversión extranjera y la Constitución de las sociedades, razón por la cual en el contrato de *Joint Venture* y en los documentos colaterales, después de un minucioso estudio se tiene que establecer todos los preceptos aplicables al caso concreto, de manera que todos los requisitos legales se cumplan y la Constitución de la Sociedad *Joint Venture* sea válido.

Cláusulas

- ◆ **Cláusula relativa a impuestos.**

Es una cláusula que debe contener el contrato, pues se refiere al pago de impuestos, en donde se debe considerar, que cada país tiene sus propias normas en lo que a pago de impuestos se refiere, por lo que se deberá establecer a cargo de quien corre la obligación de cubrir el pago de impuestos, si a uno de los socios, o a la empresa, y de que manera se hará. De la misma manera se debe establecer si se harán deducciones de impuestos a las ganancias de los socios antes o después de haberlas entregado, etc.

- ◆ **Cláusula de moneda.**

Debe fijarse en el contrato el tipo de moneda que se tomará como base para todas las transacciones referentes a la *Joint Venture*, esto es con la finalidad de brindar seguridad a los inversionistas y sobre todo a los extranjeros cuando el *Joint Venture* se realizará con un socio de un país en donde el tipo de cambio puede variar en cualquier momento.

- ◆ **Cláusula arbitral**

Finalmente, deben estipularse los procedimientos de disolución y liquidación de la sociedad, así como los procedimientos para dirimir conflictos, como el arbitraje. Este elemento obviamente opcional para los contratantes es de suma importancia, ya que en caso de surgir conflicto lo idóneo es que se contemple la forma más expedita posible, siempre y cuando se apegue al derecho aplicable a cuyo contrato se encuentre sometido.

En efecto la cláusula se acuerda "*inter partes*", antes de que hayan surgido las controversias, es decir, el acuerdo se establece de futuro para un objeto que no se determina, sino que es determinable, en orden a la relación principal.³¹

Las razones por las cuales el empleo del recurso del arbitraje en las joint ventures, se deriva del hecho de que los asociados en una empresa conjunta son de diferente nacionalidad. La concepción de los negocios en los países

³¹ BRISEÑO, Ruiz Humberto. *El Arbitraje Privado (Situación Internacional)*, Ediciones del Instituto de Derecho Comparado. México, 1963. Pág. 30..

desarrollados y las exigencias y dificultades en los países en vías de desarrollo producen diferencias múltiples, además de que los sistemas jurídicos son diferentes, lo cual impediría que los redactores de los diversos documentos que instituyen *joint ventures* prevean todos los problemas que puedan surgir.³²

1.5 FORMAS DE ASOCIACIÓN

La expresión *Joint Venture* se usa para referirse, por lo menos, a tres conceptos diversos:

1. *Corporate joint venture*, que es una nueva entidad de negocio creada por dos o más socios; es decir, se trata de una nueva persona moral distinta a los socios que la constituyen.

2. *Informal joint venture* es el negocio entre dos o más sociedades (o personas) para la realización de un trabajo o proyecto conjunto, que no entraña la creación de una persona moral distinta de las partes que intervienen.

3. *Joint venture agreement* es el acuerdo o contrato entre dos o más partes que tiene por objeto, entre otros, crear una nueva sociedad (*joint venture* – co-inversión) o determinar las reglas de un trabajo conjunto: *joint activity agreement* o *joint work agreement* (contrato de actividad en conversión o acuerdo de trabajo en conversión).

Tradicionalmente se distinguen los acuerdos de *Joint Venture* que dan vida a una empresa separada, a una autónoma entidad jurídica (*corporate joint venture*) y los acuerdos, sobre base puramente contractuales, con lo cual los participantes ratifican el desarrollo de una actividad común.

1.5.1 *Equity Joint Venture*

La base del *equity joint venture corporation* o *equity joint venture* es un contrato en el cual se acuerda la constitución de una sociedad (persona jurídica autónoma) con un propósito funcional , administrativo, como solución de operaciones que requieren grandes capitales o bienes de alto costo, por ejemplo, maquinarias pesadas especiales.

En efecto, tal y como se desprende de este análisis, es evidente que, en la ***Equity Joint Venture***, en efecto se culmina con la constitución de una empresa, en general bajo el orden jurídico del país de actuación. Los asociados participan en todas las etapas del proceso de constitución de la sociedad, que tendrá sus estatutos y registro necesarios a la actualización del país receptor, puesto que preliminarmente habrá una selección, si fuera permitido por la ley local, del tipo de sociedad que se constituiría.³³

³² Op. Cit. Sierralta Ríos. Pág. 249

³³ COLAIACOVO, Juan Luis, otros. *Joint Venture y otras formas de Colaboración Empresarial Internacional*. Ediciones Macchi. Buenos Aires Argentina. 1992. Pág. 90.

Esto significa que sin llegar a la absorción o dominio absoluto de una firma sobre otra, se contemplan alianzas en las que una empresa participa en otra sociedad. **Las carencias que obstaculizan a una corporación para alcanzar un nivel pleno en sus posibilidades de negocios, pueden resolverse mediante la instrumentación de alianzas consistentes en la participación en las acciones de otra empresa o en la recepción de fondos y capacidades nuevas por medio de la concesión de sus acciones. Este esquema se da muy comúnmente entre una compañía sólida a escala internacional y otra cuya proyección está ligada a un mercado más reducido, nacional o regional. Donde la primera aporta financiamiento, bienes, equipos, tecnologías, canales de comercialización y hasta *know-how* administrativo, para impulsar las aptitudes de la más débil.**

Se pueden dar asociaciones entre empresas que se encuentran en la misma línea de producción, agregando fuerzas de forma tal en que se mejore la capacidad competitiva. Tiende, en general, a la unión de medios para ingresar en un nuevo mercado y son particularmente útiles cuando las plazas están protegidas por reglamentaciones gubernamentales que impiden que penetren desde afuera, o cuando las barreras de entrada exigen invertir copiosos recursos para atravesarlas.

Para ilustrar esta modalidad podemos citar el siguiente caso, cuya constitución fue en 2003 en China:

“3Com Corporation y Huawei Technologies Limited, convinieron en crear un "joint venture" (JV) basada en Hong Kong y con operaciones principales en Hangzhou, China. La contribución de Huawei a la JV incluirá activos empresariales para redes empresariales tales como LAN switches, routers, ingeniería y licencias relacionadas con tecnología IP, así como recursos humanos, ventas y mercadotecnia. La contribución de 3Com a la JV incluirá US\$160 millones en efectivo, activos relacionados con sus operaciones en China y Japón y licencias relacionadas con tecnología IP. El nombre de la nueva que emerge de esta "joint venture" será 3Com-Huawei en inglés Huawei-3Com en chino.

“Los productos de la joint venture complementarán perfectamente el portafolio existente de 3Com,” comentó Bruce Claflin, presidente y director ejecutivo de 3Com. “3Com-Huawei brindará una extensión al más alto nivel a nuestros productos existentes, permitiéndoles ofrecer soluciones completas a sus clientes.”

3Com tendrá el derecho de vender los productos de la joint venture bajo la marca 3Com en cualquier parte del mundo, excepto China y Japón. En esos países, los productos se comercializarán bajo la marca de la joint venture. En esos mismos mercados, la joint venture venderá tanto los productos de la línea de redes de Huawei que le hayan sido transferidos, como la línea de productos de 3Com. Todo esto bajo un acuerdo de OEM (fabricante de equipo original, por sus siglas en inglés) entre 3Com y la joint venture.

Bruce Claflin se desempeñará como Presidente del Consejo Directivo de la joint venture mientras que Ren Zhengfei, presidente y director ejecutivo de Huawei, ha sido designado como presidente y director ejecutivo de la nueva empresa. Huawei tendrá el 51% de propiedad de la joint venture y 3Com el 49%. En dos años, 3Com tendrá la opción de ser el propietario del 51%, en cuyo caso Huawei tendría el 49%.

“El reconocimiento de la marca 3Com y su red de distribución global ofrecen a la joint venture oportunidades inmediatas y a largo plazo,” afirmó Zhengfei. “La joint venture

globaliza el negocio emergente de redes empresariales de Huawei de una manera mucho más rápida, permitiendo que los productos que hemos desarrollado estén disponibles en prácticamente todos los mercados importantes del mundo. 3Com y Huawei son negocios complementarios con muy pocas redundancias o empalmes en términos de líneas de productos y canales de distribución y ventas regionales."

La línea de productos de la joint venture complementará y fortalecerá la posición de liderazgo de 3Com en productos apilables al proveerle switches modulares 10/100/1000 MB con capacidad Capa 2 y 3. El joint venture y Huawei también proveerán a 3Com de una línea completa de routers empresariales. Estos productos ofrecerán un amplio conjunto de características para responder a las necesidades de cuarto de cableado, corazón de redes y redes de área amplia.

La cobertura geográfica de ambas empresas es altamente complementaria para la joint venture, lo cual reducirá los costos de expansión a nuevos mercados de Huawei y 3Com. 3Com tiene una fuerte presencia en Europa y en el continente americano, mientras que Huawei tiene una red de ventas y distribución, una reputación y una presencia de marca muy sólida en China y Japón.

La creación de esta nueva empresa permitirá a 3Com entregar una amplia gama de soluciones y productos que combinen innovación y características mejoradas. Adicionalmente, el equipo basado en China ayudará a fortalecer el costo total de propiedad más bajo, gracias a su conocimiento y talento en el área de desarrollo de equipos de bajo costo.

Fuera de China y Japón, 3Com aprovechará su extenso canal de distribución, el cual incluye a más de 41,000 socios de negocios. De esta manera, se extenderá dramáticamente el alcance de los productos desarrollados por la joint venture. 3Com dará a sus revendedores acceso a la línea completa de productos para redes del joint venture, los cuales abarcan desde switches hasta routers de alto calibre, con márgenes atractivos.

Entre 3Com y Huawei hay un portafolio de propiedad intelectual de más de 4,000 patentes y aplicaciones, más de 1,000 marcas registradas y una considerable cantidad de diseños de producto y componentes. Se espera que más de 1,000 empleados de Huawei se unan a la joint venture; más de la mitad de los cuales poseen conocimiento técnico. Aproximadamente 50 empleados de 3Com se integrarán en la joint venture.

Huawei continuará realizando inversiones en el sector de carrier del mercado global de redes de datos. Asimismo, continuará apoyando a sus clientes y distribuidores actuales.

Acerca de 3Com Corporation, *es un proveedor de primera línea de productos de redes que combinan innovación, sentido práctico y valor agregado para empresas de cualquier tamaño, así como organizaciones del sector público.*

Acerca de Huawei Technologies Huawei Technologies es el proveedor principal de equipo de comunicaciones en China. La empresa está involucrada en la investigación, desarrollo, producción, ventas y servicio de dichos productos. Huawei tiene alrededor de 22,000 empleados, 46% de los cuales están involucrados en desarrollo de producto. Más del 10% de las ventas anuales se dirigen a investigación y desarrollo. Huawei ha desarrollado independientemente productos para redes de línea fija, redes móviles, redes ópticas y redes de datos. Los productos de Huawei son altamente apreciados por sus clientes chinos debido a su bajo costo y grandes ventajas.

Actualmente los productos se venden en 40 países, incluyendo Brasil, Rusia, Alemania, Francia, Tailandia, Singapur, Kenya, etc. Las ventas durante 2002 totalizaron más de dos mil millones de dólares (aproximadamente 20% de estas ventas se generaron en mercados internacionales).

*En el área de redes de datos, después de 8 años de inversión continua, Huawei ha desarrollado routers de bajo y alto nivel, así como productos de LAN switching que combinan precios atractivos y alto desempeño. Estos productos han sido implementados ampliamente en los sectores de telecomunicaciones, gobierno, finanzas, seguridad y educación”.*³⁴

1.5.2 Non Equity Joint Venture

La **Joint Venture contractual**: se constituye en torno de un acuerdo base y varios acuerdos satélites como: contrato de prestación de servicios y asistencia técnica, autorización de patente y marcas, etc.

Esta permite a las empresas participar directamente en la consecución de un resultado económico dado, pero manteniendo la propia autonomía jurídica y operativa, y asumiendo exclusivamente la obligación de cumplir aquella actividad a la que se compromete en el contrato. Un ejemplo actual de ésta forma de contratación se da en el caso de Telmex y MSN, en donde existe un contrato específico para la cuestión de brindar de manera conjunta ciertos servicios.³⁵

Cambia de imagen y nombre T1msn

Teléfonos de México (TELMEX) y Tmsn anunciaron el cambio de imagen y nombre del portal de internet, como parte de la segunda etapa de unión de ambas empresas para ofrecer diferentes servicios a través de la red.

En conferencia, los directores de Inversiones y Desarrollo Estratégico de Telmex, Andrés Vázquez del Mercado, regional de MSN, Rafael Fernández Mc-Gregor, aseguraron que ésta unión forma parte de su estrategia comercial conjunta.

Con ello, indicó Vázquez del Mercado, “se mejorará la experiencia del usuario, ofreciendo a los clientes de Prodigy valores agregados a través del portal que les permita diferenciarse del resto de los usuarios”.

Mencionó que en ésta segunda etapa de alianza se fortalecerá la publicidad en línea como parte del negocio.

A su vez, Fernández Mc-Gregor subrayó que debido a que los servicios Web son parte integral de las personas, principalmente jóvenes, el propósito será ofrecer servicios que satisfagan sus necesidades.

“Estaremos introduciendo una nueva generación de servicios de manera paulatina en los próximos meses, con la finalidad de mejorar la experiencia del usuario con búsquedas más rápidas y nuevas evoluciones de servicio de mensajería (messenger)”, precisó.

Actualmente, los usuarios de todos los servicios de MSN en México suman 17 millones, de los cuales 10 millones utilizan Hotmail, 3.5 millones usan Spaces y el resto servicio de mensajería Messenger. (Notimex).

1.5.3 Mixta

La Joint Venture mixta, es aquella en el que una parte de la actividad conjunta, que han decidido realizar las partes. Se ejercita a través de una sociedad, y otra, quedará en una relación estrictamente contractual, sin que esta última se realice mediante una persona jurídica.³⁶

³⁴ www.3com.com

³⁵ *El Universal. Sección Finanzas.*

³⁶ *Op. Cit. Arce Gargollo. Pág. 198-199.*

CAPÍTULO 2. TRATAMIENTO JURÍDICO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES.

2.1 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO

La OMC inició su vida el 1º de enero de 1995, pero sus orígenes datan de más de medio siglo antes. Tiene sus raíces en el desastre económico y social de la Gran Depresión del decenio de 1930, momento en que los países se encerraron en sí mismos, con lo que provocaron una espiral descendente de la producción y el comercio.

Aunado a que, tras la catástrofe de la segunda guerra mundial, la cual dejó innumerables enseñanzas, entre ellas el hecho de que, no sería posible lograr un futuro político seguro sin una mayor seguridad económica. Así, se inició la búsqueda de mejores instrumentos de cooperación internacional. Esa búsqueda fructificó en una conferencia que tuvo lugar en Bretton Woods (Estados Unidos) en 1944, y de la que nacieron el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, para abordar cuestiones tales como la inestabilidad monetaria y la financiación de la reconstrucción posbélica.

Los intentos encaminados a la creación de otra institución paralela -una Organización Internacional del Comercio (OIC) - que se encargara de los problemas del comercio internacional exigieron mucho más tiempo. Un pequeño número de países acordó la adopción de una disposición provisional, la cual, sin embargo, no abordaba muchos de los aspectos más importantes del comercio internacional. Esa disposición se concretizó en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), que entró en vigor en 1948. La solución completa a la cuestión de lo que debería ser una institución encargada del comercio internacional no se alcanzó hasta medio siglo más tarde y se plasmó en la Organización Mundial del Comercio.³⁷

El GATT de 1994 englobó el GATT de 1947 y todos los instrumentos jurídicos adoptados antes del Acuerdo sobre la Organización Mundial del Comercio (OMC).

El Acuerdo General sienta una serie de principios fundamentales derivados del GATT de 1947. En concreto:

- a)** El principio del trato general de la nación más favorecida, según el cual cada miembro de la OMC concede al producto de otro miembro un trato no menos favorable que el que concede a los productos similares de cualquier otro país (principio de no discriminación); y el
- b)** El principio del trato nacional en cuanto a la imposición y las normativas internas, según el cual cada miembro de la OMC concede a los productos de otro miembro un trato reglamentario y fiscal no menos favorable que el que otorga a sus productos nacionales.

³⁷OMC: Los primeros pasos. www.wto.org

Ahora bien y por su especial relevancia para nuestro objeto de estudio, en efecto durante las negociaciones de la Ronda Uruguay, se estableció que cada miembro de la OMC elaboraría una lista de concesiones relativa a las mercancías,³⁸ que forman parte integrante del GATT de 1994. Cada lista recogió todas las concesiones ofrecidas por el miembro en cuestión durante la Ronda Uruguay o en negociaciones previas. Con arreglo al artículo II del GATT de 1994,³⁹ cada miembro debe conceder a los demás miembros un trato comercial que no sea menos favorable que el que está previsto en la parte pertinente de la lista correspondiente.

Por lo que toca a las inversiones se anexó el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio de Mercancías (MIC) el cual afirma que, algunas medidas relativas a las inversiones pueden tener un efecto restrictivo y distorsionante en el comercio. Los miembros de la OMC se comprometieron a no aplicar MIC que sean incompatibles con el principio del trato nacional establecido por el GATT o con la prohibición de las restricciones cuantitativas. El Acuerdo incluye una lista ilustrativa de las MIC incompatibles con dichas disposiciones (ejemplo: la obligación de compra de una cantidad determinada de productos de origen nacional).

Todas las MIC deben notificarse y eliminarse en un plazo de dos años en el caso de los países desarrollados, de cinco años si se trata de países en desarrollo y de siete en el caso de los países menos avanzados. Un Comité de Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio se encarga de supervisar el respeto de estos compromisos.

Reviste total importancia para nuestro objeto de estudio el conocer las disposiciones de tipo internacional a las cuales debe ceñirse nuestro país en materia de inversiones y demás ramas, toda vez que es miembro de la OMC y como tal se obliga a lo establecido por la propia Organización.

La OMC consciente de que el desarrollo económico en cada país no es el mismo, se ha servido excepcionar a los países menos desarrollados en el sentido de no otorgar todas las concesiones signadas en el Acuerdo sobre las MIC, debido a que puede resultar contraproducente para dichos países el concederlas, por ello se incluyó en dicho acuerdo un apartado en donde se señalan las excepciones al cumplimiento íntegro del mismo, así en el artículo 3 y especialmente en el 4 nos dice lo siguiente:

Artículo 4: Países en desarrollo Miembros. *Cualquier país en desarrollo Miembro tendrá libertad para desviarse temporalmente de lo dispuesto en el artículo 2 en la medida y de la manera en que el artículo XVIII del GATT de 1994, el Entendimiento relativo a las disposiciones del GATT de 1994 en materia de balanza de pagos y la Declaración sobre las medidas comerciales adoptadas por motivos de balanza de pagos, tomada el 28 de noviembre de 1979 (IBDD*

³⁸ Dichas disposiciones quedarán firmes mediante la firma del Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio.

³⁹ **Artículo II. Lista de concesiones**

Cada parte contratante concederá al comercio de las demás partes contratantes un trato no menos favorable que el previsto en la parte apropiada de la lista...

26S/223-227), permitan al Miembro de que se trate desviarse de las disposiciones de los artículos III y XI del mismo GATT de 1994.

En tal virtud y toda vez que no siempre todos los países son beneficiados con este tipo de acuerdos sobre inversión, es que, los intentos por construir instrumentos multilaterales para regular las inversiones ha sido complicada y lenta, sin embargo el Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles de 1947, es el primer instrumento multilateral que presentó pequeñas reglas específicas sobre inversión, que obviamente se han venido detallando como en el caso del Acuerdo sobre las MIC y ello ha contribuido a poner en claro cuales serán los principios generales que los países miembros tendrán que cumplir mínimamente en este rubro. Dentro de los compromisos se encuentran el de tratamiento o trato nacional (artículo II.4)⁴⁰ y el de no discriminación (Artículo XI) del GATT aplicables, en algunos casos, a la inversión, como ya lo habíamos mencionado este acuerdo es la base de los demás acuerdos como en el caso del Acuerdo sobre las MIC.

Obviamente que la cadena de efectos al aplicar estas disposiciones de carácter internacional es infinita, pues conecta un sin número de rubros en el desarrollo económico, puesto que históricamente como en nuestros días, los gobiernos han tendido a regular cuidadosamente la recepción de IED en sus economías, lo cual no significa que ello desaparezca, puesto que la Inversión Extranjera Directa (IED) es un ingrediente fundamental para el desarrollo, porque permite la transferencia de tecnología, capital, desarrollo de los recursos humanos; facilita el acceso a nuevos mercados, crecimiento de la planta de trabajo para el país receptor, además tiene influencia sobre la tributación que, a su vez, tiene implicaciones en términos del gasto público y por lo tanto de la asignación de recursos a la sociedad, la disponibilidad de diferentes tipos de infraestructura (carreteras, electrificación) y servicios sociales, el tipo de cambio y el equilibrio de la balanza de pagos, el mercado de crédito y las posibilidades de inversión para las pequeñas y medianas empresas que busquen financiamiento local, alienta encadenamientos hacia delante y hacia atrás con empresas locales, tal como lo tratamos en el caso de constitución de *Joint Ventures*. En efecto todas y cada una de las repercusiones van dirigidas al país receptor de la inversión. Por lo tanto debe haber un control interno bien definido que claramente cumpla con los compromisos signados en los acuerdos multilaterales, pero que también cumpla con el desarrollo propio de la economía de los países y proteja los intereses de los ciudadanos. Puesto que, empero todas las ventajas que mencionamos traen aparejadas las inversiones, también es cierto que a causa del aumento en los volúmenes de comercio, la IED también puede provocar impactos negativos sobre la lucha por la erradicación de la pobreza, las estrategias de

⁴⁰ Si una de las partes contratantes establece, mantiene o autoriza, de hecho o de derecho, un monopolio de importación de uno de los productos enumerados en la lista correspondiente anexa al presente Acuerdo, este monopolio no tendrá por efecto, salvo disposición en contrario que figure en dicha lista o si las partes que hayan negociado originalmente la concesión acuerdan otra cosa, asegurar una protección media superior a la prevista en dicha lista. Las disposiciones de este párrafo no limitarán la facultad de las partes contratantes de recurrir a cualquier forma de ayuda a los productores nacionales autorizada por otras disposiciones del presente Acuerdo.*

equidad de género, el medioambiente, la legislación laboral y las condiciones de trabajo, y en términos generales, sobre las políticas internas del desarrollo económico y que en un momento dado pueden chocar con las condiciones fácticas que en determinado momento vive cada país,⁴¹ puesto que no puede comprometerse sin antes corregir las fallas que existen dentro, verbigracia la obsolescencia y deficiencia en las legislaciones nacionales que son incapaces de controlar una situación negativa a consecuencia de la inmoderada entrada de IED, pues en el caso de la Balanza de Pagos: si la IED está fuertemente asociada a la importación de bienes intermedios y de capital, los efectos positivos en términos comerciales terminan siendo compensados por un resultado general negativo de Balanza de Pagos.⁴²

En el terreno financiero, por la periódica salida de los beneficios y otras ganancias de inversión, la balanza comercial, por el aumento de las importaciones de bienes de capital e insumos intermedios y porque se desarticula el ahorro generado por cubrir el consumo con bienes producidos a nivel local, lo que tiende a contrapesar los efectos positivos de la mayor exportación.

Por lo que hoy, indudablemente bajo la visión hegemónica de que el comercio y la inversión son complementarios y constituyen procesos inextricablemente unidos, las medidas sobre inversión se intercalan a lo largo de los acuerdos de la OMC. En términos generales, las medidas sobre inversión de la OMC son limitadas, pues el debate sobre el tema dentro de la OMC, ha girado en torno a nueve áreas de controversia principales: 1) los derechos de los inversores; 2) la no discriminación (Tratamiento Nacional y de Nación más Favorecida); 3) transparencia; 4) obligación de proveer información sobre las medidas regulatorias (que pueden ser muy amplias, confusas, costosas y difíciles

⁴¹ Mariama Williams, *Red Internacional de Género y Comercio*, Diciembre 2002

⁴² La balanza de pagos es el documento de cuenta de un país dado, que proporciona el cuadro del conjunto de operaciones o transacciones económicas que han sido realizadas entre residentes de dicho país y del extranjero, durante un periodo determinado (un trimestre, un año), y por lo tanto las relaciones entre los pagos que salen del país y los que entran en él.

1. • III. La balanza de pagos es una forma de registro de un contenido regulado por el régimen jurídico de México en diferentes aspectos y niveles, en especial los referentes a comercio exterior, inversiones extranjeras, moneda y crédito

La balanza de operaciones en capital. Ésta registra las transacciones representando cambios en la situación acreedora-deudora del país en cuestión, los movimientos de activos y pasivos y de oro monetario. Estos movimientos son reagrupables de diversos modos, que tienen en cuenta: el objeto, la duración, el régimen.

La balanza comercial establece las relaciones entre las importaciones de mercancías destinadas a un país dado, y las exportaciones de mercancías provenientes del mismo, con exclusión de las que se hallan en tránsito o sujetas a reexportación. Se la establece tradicionalmente a partir de las estadísticas aduaneras.

2. La balanza de servicios describe los intercambios de servicios correspondientes al turismo, a los transportes, especialmente el marítimo y el aéreo, ligados al comercio exterior, y los gastos accesorios, como seguros, mantenimiento, ocasionados por la circulación de mercancías.

3. La balanza de ingreso de inversiones describe el activo de capitales nacionales invertidos en el extranjero, y el pasivo de ingresos pagados al exterior por inversiones realizadas en el país. Ella puede incluir sólo inversiones de cartera, o también ingresos provenientes de inversiones directas. Los movimientos de capitales pueden desagregarse según la naturaleza de los fondos, o según la calidad de los tenedores.

de implementar, generando problemas para los países del Sur); 5) notificación de las regulaciones locales que puedan afectar a los inversores; 6) expropiaciones y compensaciones 7) impuestos; 8) pagos y transferencias financieras; 9) solución de controversias. Como podemos observar todos los aspectos estatales de cada país van intrínsecamente ligados a los compromisos que internacionalmente se contraigan requiriendo indubitablemente del resorte gubernamental para viabilizar las potencialidades de la IED respecto a la transferencia de tecnología, el fortalecimiento de las capacidades y conexiones internas con empresas locales (especialmente las pequeñas y medianas) y la promoción del desarrollo regional.⁴³

En el ámbito internacional, debe atenderse con urgencia la responsabilidad social de las corporaciones en los temas ambientales, sociales, en las condiciones laborales, y la transferencia de tecnología, en este sentido y en concordancia con lo que venimos tratando es que en efecto, justificamos que los gobiernos conserven su derecho a imponer condiciones a la inversión extranjera para proteger la Balanza de Pagos y cumplir con las necesidades cambiarias de la economía. Estas condiciones abarcan la imposición de requisitos de contenido local, restricciones a la importación, condiciones para la repatriación de las ganancias, y su retención, inventarios sobre la Bolsa de Valores local.

Adicionalmente, cada estado necesita conservar su capacidad para llevar adelante medidas para promover y alentar iniciativas de empresas locales, estimular el ahorro doméstico y la inversión, cumplir con los objetivos de mejoramiento de la situación económica de las mujeres y los indígenas, a menudo los sectores más marginados y excluidos en función de su raza, etnia o clase social.

Pese a los sueños y las imágenes ideales, la realidad muestra que en el contexto actual de presiones políticas extremas, del unilateralismo de los Estados Unidos y de las recetas de política únicas, adecuadas para todo tiempo y lugar que dominan el escenario de la política económica internacional, si los miembros de la OMC, tal como pasó en las negociaciones en la Reunión Ministerial de Cancún, donde las negociaciones se tornaron difíciles, pues no se concertaron acuerdos reales y las negociaciones no avanzaron, dado que no hay un equilibrio en el que se plasme igual protección para los inversores que para los receptores de inversión.

2.2 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO INDUSTRIAL (ONUDI).

La Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI) fue creada en 1967 y su sede se localiza en Austria, Viena. La ONUDI es el organismo especializado de las Naciones Unidas encargado de promover y acelerar la industrialización de los países en desarrollo, en el plano mundial, regional, nacional y sectorial.⁴⁴

⁴³ www.wto.org

⁴⁴ www.unido.org

Reviste gran importancia en el ámbito internacional, dado que su objetivo es promover el crecimiento industrial, tecnológico y la competitividad, buscando el desarrollo equitativo mediante la industrialización de los países, a través de la cooperación internacional en materia de promoción de inversiones industriales y tecnología, coadyuvando con el desarrollo de los recursos humanos para la industria y el desarrollo industrial ecológicamente sostenible.

En este sentido la ONUDI, sobre la base de sus contactos a nivel mundial, ha elaborado una metodología para establecer una red integrada de soluciones de información empresarial (*BISnet*)⁴⁵ que vincula entre sí todas las fuentes de información nacionales e internacionales pertinentes en un “centro único de información”, es decir, la ONUDI, busca la manera de poner en contacto a los inversionistas potenciales con aquellos países interesados en que la inversión extranjera se integre a sus proyectos.⁴⁶

Los centros funcionan sobre la base de la demanda y en condiciones comerciales, y el apoyo y la confianza de las PYMES, se aseguran dejando la propiedad local en manos de los asociados comerciales de los sectores públicos y privado. Las operaciones comerciales también aseguran la sostenibilidad del funcionamiento de los centros.

Esta función como observamos es de gran ayuda para los países subdesarrollados con potenciales industriales, con el fin de conocer cuales son las demandas en el ámbito de las inversiones y cual la oferta. La ONUDI, a través de una efectiva búsqueda de información para canalizar éstas necesidades es que se dado a la tarea de expandir estos centros de información.

El proceso de establecimiento de un centro consta de cuatro etapas consecutivas, que se pueden llevar a la práctica de manera independiente: 1) una evaluación de las necesidades de las PYMES para determinar las insuficiencias y necesidades en materia de información y transacciones electrónicas, 2) la preparación de un plan de actividades comerciales, 3) el establecimiento de un centro único de información que funcione con criterios comerciales y 4) la ampliación de los centros a las zonas rurales (con telecentros empresariales) para mejorar la infraestructura nacional de apoyo a las PYMES respecto de la información.⁴⁷

El papel que hoy la ONUDI ha adquirido en pos de la industrialización de los países en desarrollo y los países en transición, para impulsar un sector industrial creciente y sólido es muy importante para el desarrollo sostenible y la reducción de la pobreza.

⁴⁵ *Red De Soluciones De Información Empresarial*

⁴⁶ ONUDI. JUNTA DE DESARROLLO INDUSTRIAL.

⁴⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO INDUSTRIAL. SUBDIVISIÓN DE PEQUERÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS. JULIO 2003.

Si bien la ONUDI, en el cumplimiento de su misión general apoya en primer término, la erradicación de la pobreza extrema y el hambre, tiene un enfoque multifacético. En cooperación con el sector privado, los módulos de desarrollo de la pequeña empresa ayudan a que “se puedan aprovechar los beneficios de las nuevas tecnologías, en particular, los de las tecnologías de la información y de las comunicaciones”.

Al abordar a la ONUDI, debemos hacer énfasis en que, este organismo de carácter internacional, si bien es cierto no está encargado de crear regulación alguna sobre las Inversiones internacionales, si es un organismo que tiene el cometido de implementar los instrumentos posibles para encaminarlas y promoverlas, sobre todo si es en razón de contribuir al desarrollo de los países menos favorecidos económicamente.

Es por ello que hasta el momento este Organismo sigue innovando en cuestión de búsqueda de medios informáticos accesibles a la gran mayoría de empresarios, ya sea a mediana y grande escala, ello con el fin de facilitar las transacciones y las negociaciones que se hacen entre unidades económicas de los diversos países, es decir, se busca el poner a disposición de estos usuarios y de quienes así lo deseen un banco de información eminentemente confiable, que actúa con las fuentes de información de las PYMES y las instituciones de apoyo como parte de una red, ofrece soluciones empresariales integradas, funciona sobre la base de la demanda y en condiciones comerciales y asegura la confianza y el apoyo del sector de las PYMES mediante la propiedad local y las alianzas entre los sectores público y privado.

Así en el entendido de que la disponibilidad de información dispersa requiere un entorno propicio, en que la propia información se convierta en soluciones empresariales integradas con las que se puedan resolver los problemas de las PYMES. La cantidad de información disponible en línea aumenta de manera exponencial. Con justa razón se llama a la sociedad actual sociedad de la información, dado que la información desempeña un papel cada vez más importante en todos los aspectos de la vida. La información ha empezado a cambiar la fuente misma de la riqueza. Ya no son las cosas materiales, sino más bien los conocimientos aplicados a un proceso comercial los que crean valor. Cuando los mercados cambian y las tecnologías proliferan, cuando las actividades se multiplican y se convierten en obsoletas de la noche a la mañana, las instituciones de éxito son las que utilizan coherentemente información para crear y aplicar nuevos conocimientos.

El aumento de la competencia obliga a los empresarios a invertir en el mejoramiento de sus posibilidades de fabricación. Ello ha conducido a una demanda creciente de información sobre la tecnología y los mercados. La información que se maneja de manera estratégica facilita la adopción de decisiones y el aumento de los conocimientos en las organizaciones que encaran situaciones complejas o inciertas.

De los datos disponibles se desprende que las PYMES son la fuerza motriz del desarrollo industrial. Constituyen más del 90% de todas las empresas en el mundo y proporcionan como promedio del 60% al 80% del empleo total, por lo

cual contribuyen a la reducción sostenible y a largo plazo de la pobreza. Para muchos países en desarrollo, el reto consiste en combinar las posibilidades de empleo de las PYMES a fin de aumentar su productividad. Ello requiere que modifiquen su base productiva, pasando de los modos de funcionamiento de poco valor y determinados por los precios a las modalidades de producción de valor más alto y basadas en los conocimientos.

El resultado del programa es la *BISnet*, que brinda soluciones en materia de información empresarial a las PYMES mediante un centro único de información que es sostenible desde un punto de vista comercial.

El programa actual de la ONUDI de ayuda a la creación de una capacidad de establecimiento de redes de información se basa en la experiencia de la Organización y los conocimientos adquiridos en varios países en desarrollo en los últimos 10 años.

El sector de las PYMES desempeña un papel central en el desarrollo industrial; el sector privado de los países en desarrollo no ve claramente las posibilidades de ganancia que ofrecen los servicios de información comercial, debido a la demanda reducida y la poca conciencia del valor de la información entre los posibles usuarios. El apoyo técnico es esencial para generar un ímpetu favorable a las operaciones sostenibles por las que se establecen redes de información empresarial;

La ONUDI puede desempeñar un papel de intermediario imparcial para fomentar la cooperación entre los sectores público y privado con miras al establecimiento de redes de información empresarial.

El problema de la seguridad y la confianza electrónicas para propiciar las transacciones electrónicas refleja una necesidad mundial que va más allá de las necesidades de los diversos países. En consecuencia, requiere un enfoque mundial que sólo se puede aplicar conjuntamente con el sector privado.

El programa de la ONUDI de servicios de información empresarial, se concentran en el establecimiento de un centro único de información que funciona sobre la base de la demanda y ofrece soluciones en materia de información empresarial.

El centro único de información es un lugar físico (con oficinas regionales o rurales) en el que los empresarios pueden entrar para pedir asesoramiento y apoyo.

Las PYMES, para ser competitivas e innovadoras, necesitan acceder fácilmente a la información disponible sobre los mercados, las finanzas, la tecnología y las aptitudes. La ONUDI, con la asistencia de expertos nacionales, evaluará detalladamente las necesidades de información en esas esferas para identificar las necesidades de información de las PYMES, los problemas en el suministro de información y el tipo de servicios que se requieren en apoyo del sector. Se estima que una evaluación de las necesidades dura de cuatro a seis meses.

En la evaluación de las necesidades se abarcaría a los siguientes interesados: los usuarios finales, las fuentes de información públicas y privadas a nivel nacional, las fuentes de información internacionales, los proveedores de infraestructura, las instituciones de investigación y desarrollo, las instituciones financieras, las instituciones de capacitación, las organizaciones de consultoría y toda otra institución (comercial o de otra índole) que preste servicios de desarrollo comercial o empresarial o servicios tecnológicos a las PYMES.

La ONUDI ha elaborado tres modelos diferentes de la estructura de propiedad o gestión del centro único de información. Los tres modelos asegurarán que el centro funcione y preste servicios con criterios empresariales, para que se logren los objetivos en materia de impacto, difusión, eficacia en función de los costos y sostenibilidad.

La primera opción consiste en identificar una organización existente en que pueda funcionar y que pueda poner en marcha, en el marco de sus propias operaciones, el centro único de información como centro de beneficios. La organización debe participar en las actividades de las PYMES, pero puede pertenecer al sector público o el sector privado. Para asegurar que se tengan en cuenta los intereses de los demás participantes en el sector, se establecerá un comité asesor, integrado por los representantes de los interesados. Este modelo solamente será practicable si la organización anfitriona puede aportar los recursos necesarios para ejecutar el proyecto. La segunda opción consiste en asegurar que la gestión del centro único de información esté a cargo del sector privado, con financiación del gobierno u otras fuentes del sector público, es decir, una estructura de propiedad gubernamental, pero en que el contratista pertenezca al sector privado. La tercera opción consiste en establecer una entidad totalmente nueva con accionistas de los sectores público y privado y cuyas acciones pertenezcan en su mayoría a este último sector. En esta opción se prevé que los accionistas estén representados en una junta de directores. Los accionistas del centro único de información podrían tener interés en invertir en el centro para apoyar las actividades de las PYMES (bancos de fomento, Asociaciones de PYMES, instituciones gubernamentales) o por razones comerciales (proveedores de servicios, de Internet, empresas de tecnología de la información y transacciones electrónicas o Internet, instituciones de capacitación en tecnología de la información).

Como podemos apreciar, es ésta una tarea titánica y cuidadosa, dado que en un mundo como el de hoy que se mueve en el espectro de las transacciones mediante medios virtuales y/o electrónicos, es necesario que éste tipo de instrumentos sean confiables, se divulguen y mejoren. Aún cuando vemos que el trabajo de la ONUDI no está encaminado a lo jurídico si lo está en el terreno de lo práctico, siempre que ello se mantenga dentro del marco legal respectivo, y así mismo motiva a los encargados de emitir regulación sobre estos puntos a buscar las formas necesarias de hacerlos efectivos y evitar fraudes sobre todo.

En efecto se trata de una colaboración entre los diversos agentes encargados de darle forma a las prácticas comerciales que son la rutina diaria del mundo.

Apoya en este sentido la creación de capacidad institucional en relación con las normas y reglamentos técnicos, para facilitar el acceso a los mercados en esta esfera, en particular mediante la capacitación del personal nacional de organismos de promoción de la inversión e instituciones pertinentes del sector privado en la identificación, formulación, evaluación y promoción de proyectos de inversión. Esta actividad de creación de capacidad está acompañada de la formulación de un portafolio de perfiles de empresas y proyectos de inversión, los más prometedores de los cuales se fomentan a través de la red de Oficinas de Promoción de Inversiones y Tecnología (OPIT), principalmente a cargo de personal nacional capacitado adscrito a las OPIT.

La ONUDI sigue prestando servicios de cooperación técnica encaminados a promover la adopción de políticas eficaces y el establecimiento de instituciones especializadas de apoyo para el desarrollo de las PYME. Las contribuciones de la Organización en este terreno abarcan el apoyo de políticas industriales globales, estrategias e instituciones de apoyo, la actividad empresarial rural y la mujer empresaria, las aglomeraciones y redes de PYME, las alianzas comerciales y los servicios de información.

El programa de alianzas comerciales y servicios de información de la ONUDI tiene por objeto establecer alianzas operacionales entre los sectores público y privado para llevar a la práctica planes de cooperación técnica innovadores y sostenibles por un lado, y promover la utilización de tecnologías modernas de información y comunicación para el desarrollo de las PYME, por el otro.

2.3 CONVENIO DE ROMA 1980 PARA LAS COMUNIDADES EUROPEAS.

En concordancia con los puntos anteriores observamos que, internacionalmente se han buscado los Instrumentos necesarios y viables para que exista una uniformidad en cuanto al tratamiento de la entrada de capitales extranjeros hacia los países, no obstante ello, también se ha ido más allá, es decir, una vez que se materializa la inversión foránea, será necesario aplicar normas que determinen que derecho es el aplicable a las relaciones que surjan entre el inversionista extranjero y el nacional receptor de esa inversión (como puede darse entre una empresa nacional y el inversionista cuya relación será de socios), es decir, que con la entrada del capital extranjero van a producirse una serie de relaciones jurídicas diversas entre el inversionista, su socio, los prestadores de servicios, proveedores, consumidores y demás personajes que van ligados al ejercicio de una actividad económica, en realidad el presente Convenio se aplica a las relaciones mercantiles que surgen entre los individuos, derivado de un contrato mercantil.

La finalidad de ésta tarea es la de garantizar una seguridad jurídica a todos aquellos actores del tráfico jurídico internacional en sus relaciones económicas y comerciales que ello conlleva.

Lo anterior es de vital importancia, dado que en el ámbito regional e internacional, se está realizando una gran tarea para evitar que las normas

internacionales y las locales sean contrarias en el momento de suscitarse una aplicación concreta, se busca dar solución a casos en los que surjan controversias en el ámbito de la contratación y éstas sean resueltas con normas conflictuales que no sean contrarias a los ordenamientos jurídicos internos.

Al tenor de lo anterior es que analizaremos en éste punto el Convenio de Roma,⁴⁸ tratado Internacional importantísimo que rige las relaciones contractuales de los miembros de la comunidad europea y no sólo de ellos sino de también de todos aquellos que celebren contratos con la comunidad europea.

El Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales se abrió a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 para los ocho Estados miembros de entonces.⁴⁹ Entró en vigor el 1 de abril de 1991. Posteriormente, todos los nuevos miembros de la Comunidad Europea firmaron este Convenio. Paralelamente a la firma del Convenio por Austria, Finlandia y Suecia, se elaboró y se publicó una versión codificada en el Diario Oficial CE de 1998.

El Convenio se aplica a las obligaciones contractuales en situaciones que impliquen un conflicto de leyes, incluso si la ley designada es la de un Estado no contratante, con exclusión de las siguientes:⁵⁰

- a)** al estado civil y a la capacidad de las personas físicas...
- b)** a las obligaciones contractuales relativas a: los testamentos y sucesiones; los regimenes matrimoniales; los derechos y deberes dimanantes de las relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad, incluidas las obligaciones alimenticias respecto a los hijos no matrimoniales;
- c)** a las obligaciones derivadas de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones surgidas de estos otros instrumentos se deriven de su carácter negociable;
- d)** a los compromisos, cláusulas compromisorias y acuerdos de designación de fuero;
- e)** a las cuestiones reguladas por el derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas, tales como la constitución, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de las sociedades, asociaciones y personas jurídicas, así como la responsabilidad legal de los socios y de los órganos por las deudas de la sociedad, asociación o persona jurídica;
- f)** a la determinación de si un representante puede comprometer frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar o si un órgano de una sociedad, de una

⁴⁸ *Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 [Diario Oficial C 27 de 26.1.1998].*

⁴⁹ *España, Francia, Italia, Holanda, Bélgica, Inglaterra, Grecia, Austria, Alemania, Reino Unido.*

⁵⁰ *Artículo 1 de la Convención de Roma.*

asociación o de una persona jurídica puede comprometer ante terceros a esta sociedad, asociación o persona jurídica;

g) a la constitución de trusts, a las relaciones que se creen entre los constituyentes, los trustees y los beneficiarios;

h) a la prueba y al procedimiento...

Las partes de un contrato podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato, así como el tribunal competente en caso de litigio. De común acuerdo, podrán cambiar la ley aplicable al contrato cuando lo deseen (principio de autonomía de la voluntad).

Si las partes no hubieran elegido explícitamente la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos según el principio de proximidad (lugar de la residencia habitual o de la administración central del prestador de servicios, lugar del establecimiento principal o del establecimiento que realiza la prestación...). No obstante, se aplican normas específicas en dos casos:

a) cuando el contrato se refiera a un bien inmueble, la ley aplicable por defecto será la del país en que estuviera situado el inmueble;

b) para el transporte de mercancías, se determinará en función del lugar de carga o de descarga o del establecimiento principal del expedidor.

Las disposiciones existentes o futuras del Derecho comunitario tendrán prioridad sobre las disposiciones del Convenio, en particular, las disposiciones que, en materias específicas, regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales.

Tras la entrada en vigor del Convenio, todo Estado miembro que desee adoptar una nueva norma de conflicto de leyes para una categoría específica de contratos que entren en el ámbito de aplicación del Convenio, o adherirse a un convenio multilateral en este ámbito, deberá informar a los demás Estados signatarios. Cada uno de estos Estados tendrá seis meses para solicitar una consulta si lo desea. Si, en este plazo, ningún Estado signatario reacciona, o si, en los dos años siguientes a la consulta no se hubiere llegado a ningún acuerdo (un año para el convenio multilateral), el Estado solicitante podrá modificar su derecho o adherirse al convenio.

En 1988 se firmaron dos protocolos relativos a la interpretación con carácter prejudicial del Convenio por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Un tercer protocolo firmado en 1980 y posteriormente completado en 1996, autoriza a Dinamarca, Suecia y Finlandia a conservar sus disposiciones nacionales relativas a la ley aplicable a las cuestiones relativas al transporte de mercancías por mar.

Se han adjuntado cuatro declaraciones comunes al convenio:

- en 1980 algunos Estados miembros hicieron hincapié en la unificación que debe existir entre las medidas que deben adoptarse respecto a normas de conflicto en el seno de la Comunidad con las del Convenio;
- también se formuló la posibilidad de conceder competencias de interpretación del Convenio al Tribunal de Justicia;
- en 1988, tras la firma de los dos protocolos, se previó un intercambio de informaciones entre los Estados miembros y el Tribunal de Justicia para las sentencias en materia de obligaciones contractuales;
- además, se exigió que todos los nuevos Estados miembros de la Comunidad se adhieran al protocolo sobre la interpretación del Convenio por el Tribunal de Justicia, al firmar el convenio de Roma.

El Convenio de Roma es actualmente el único en materia de Derecho internacional privado a nivel comunitario que aún reviste la forma de Tratado internacional, que de hecho ha sido modificado por el Libro Verde, redactado en forma de cuestionario.⁵¹

En general este Convenio concentra fundamentalmente los siguientes principios:

a) Principio de la autonomía de la voluntad

En base a este principio se permite a las partes la posibilidad de elegir la ley que va a regular su contrato. Para perfilar dicho principio el propio Convenio establece límites positivos y negativos que dan viabilidad y estabilidad a la ley elegida para regular los contratos.

b) Principio de proximidad

Este Principio actúa, a través de los denominados “vínculos más estrechos”, en defecto de elección de ley por las partes siendo usado tradicionalmente en sistemas como el inglés, habituado a la participación de los jueces en el proceso de decisión, y desconocido en sistemas rígidos como el español en el cual se establece en base a criterios objetivos un listado cerrado de conexiones invocables .

Para desarrollar este Principio, el Convenio ha incorporado conceptos totalmente nuevos en el ámbito comunitario, aunque ya experimentados en otros ordenamientos. Entre ellos destaca, la residencia habitual de la persona que deba realizar la "**prestación característica**", presunción que servirá para determinar la conexión más estrecha con un determinado ordenamiento, concepto éste heredado del derecho suizo que sirve para ayudar al juez en la elección de la ley aplicable al contrato.

⁵¹ *ídem*

c) Principio de solidaridad

Este principio ofrece la posibilidad de invocar normas imperativas de terceros Estados por parte del juez del foro. Esta forma de actuación, ha supuesto la materialización de un Principio hasta el momento sólo reconocido por la jurisprudencia judicial y arbitral que al ser incorporado en el Convenio adquiere una mayor notoriedad.

Así mismo, junto a la solución general establecida para las obligaciones contractuales en el Convenio de Roma existe a nivel sectorial un instrumento "ad hoc" que se manifiesta en el ámbito comunitario a través de las Directivas.

Desde el punto de vista de la Unión Europea es éste el instrumento normativo más idóneo para llevar a cabo la armonización de las legislaciones en un terreno tan heterogéneo como es el que nos ocupa, actuando la Directiva como norma que permite a las autoridades nacionales elegir los medios con los que obtener unos resultados homogéneos.

Al haber dado una breve semblanza de éste Convenio, podemos observar que en efecto con su aplicación se resuelven un sin número de controversias que surgirían en el caso de que en un contrato no se estipule el derecho aplicable, este Convenio aplicaría de manera perfecta en el caso de que un sujeto de la comunidad europeo y otro extranjero celebrasen una Joint Venture Contractual, para el caso de suscitarse cualquier controversia el Convenio de Roma supliría cualquier deficiencia que del mismo contrato sobreviniere.

2.4 CONFERENCIAS INTERNACIONALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Dado que estamos tratando un poco con los tratados regionales en cuestión de normas aplicables a los contratos internacionales y de las diversas reglamentaciones que en materia internacional tanto en inversiones extranjeras como en contratación internacional se refiere, es menester recalcar que dichos tratados son parte del Derecho Internacional Privado disciplina, pocas veces conocida en su real dimensión y utilidad práctica, no obstante constituye un instrumento esencial para la integración en las relaciones interamericanas, ya que sus normas tienen una inmediata repercusión en la actividad de los habitantes, de las empresas y de las actividades económicas en general, facilitando diariamente la circulación de personas, bienes y servicios, capitales y la cooperación entre jueces y otras autoridades nacionales.

En este apartado nos concierne abordar lo relativo a las CIDIP's aplicables a los miembros de la OEA, su creación se asume a través de la utilización del método gradual y progresivo, que consiste en la creación de instrumentos jurídicos que abarcaran solo aquellos temas de interés para los países pertenecientes a la OEA, a través de las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado.

Históricamente durante los años 50, los esfuerzos de los organismos técnicos de la O.E.A.⁵² se orientaron a explorar la posibilidad de armonizar los criterios de selección del derecho aplicable adoptados por el Código Bustamante con aquellos incorporados en los Tratados Sudamericanos de Derecho Internacional Privado y el "*Restatement of the Law of Conflicts*" preparado por el "*American Law Institute*". Estos intentos no fructificaron y el Comité Jurídico Interamericano (C.I.J.) debió luchar durante los años siguientes contra la inercia de los gobiernos para que cooperaran en forma activa en los esfuerzos de codificación del derecho internacional privado.⁵³

Durante la segunda mitad de la década de los 60's, el C.J.I. comenzó a considerar la posibilidad de orientar sus esfuerzos en forma gradual y progresiva. La idea era la de elaborar y ponerse de acuerdo en crear instrumentos enfocados en los aspectos medulares de las relaciones comerciales interamericanas, incluyendo temas diversos del derecho procesal y comercial internacional.

El origen de las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado está en la Resolución de la Asamblea General de la OEA, del 23 de Abril de 1971, en la que se decide la convocatoria a la Primera Conferencia a sugerencia del Comité Jurídico Interamericano. Es así como en 1971 la Asamblea General de la O.E.A. decidió convocar la Primera Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado (CIDIP-I), que se realizó en la ciudad de Panamá del 14 al 30 de enero de 1975. A partir de entonces, las CIDIP'S se han venido realizando aproximadamente cada cinco años. En cada una de las materias que han integrado los temarios de las CIDIP'S, el C.J.I. ha preparado un informe y un proyecto de convención que ha servido como herramienta inicial de trabajo.

Las CIDIP'S y la nueva generación de convenciones interamericanas reafirman la tradición regionalista y codificadora del derecho internacional privado latinoamericano, pero bajo un nuevo rumbo más sectorializado y progresivo que el perseguido a comienzos de siglo. Hasta la fecha se han suscrito 26 convenciones interamericanas.

Desde luego las CIDIP'S respetan el orden público, ello significa que los Estados tienen la posibilidad de dejar de aplicar las normas de la Convención,

⁵² La O.E.A, alianza regional que abarca a las naciones del Continente Americano fue fundada por 21 países el 30 de Abril de 1948. Una vez establecidas las bases institucionales de la O.E.A., la Carta de Bogotá aprobada en 1948 dispuso la creación de un Consejo Interamericano de Jurisconsultos, cuya misión incluía la de fomentar, en la medida de lo posible, la uniformidad de las legislaciones americanas. Durante la Tercera Conferencia Interamericana que tuvo lugar en Buenos Aires en 1967, la competencia del Consejo fue transferida a otro organismo, el Comité Jurídico Interamericano ("C.J.I."). Desde ese momento la labor que desempeñaba el Consejo pasó a ser la principal función del Comité Jurídico Interamericano. Es así que el artículo 105 de la Carta de la O.E.A. le asigna al Comité Jurídico Interamericano, la misión de "promover el desarrollo progresivo y la codificación. . .del derecho internacional. . .y estudiar los problemas jurídicos referentes a los países en desarrollo del Continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente." Por su parte, el artículo 3 del Estatuto del C.J.I. establece que uno de los fines de dicho organismo es el de "promover el desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional." Entra en escena a partir de entonces el C.J.I., protagonista contemporáneo de los esfuerzos de unificación y armonización del derecho privado en América Latina.

⁵³ ARTEAGA, Mabel. **Las Conferencias Interamericanas Especializadas en Derecho Internacional Privado (CIDIP)**. Boletín Electrónico.www.isri.com.

cuando las mismas se consideren que afectan al orden público nacional. Sin embargo, esto dificulta de cierta manera los fines de la uniformidad perseguida, de tal manera que se ha considerado que es necesario tenerlo en cuenta para lograr la ratificación de los tratados y el respeto que debe existir a las legislaciones nacionales de los Estados firmantes. Para ello se incorpora la “cláusula de emergencia”, que le da la posibilidad a cada Estado de determinar cuándo considera que una norma es contraria a su orden público, sin embargo la misma se debe ajustar a lo estipulado en el artículo 5 de la Convención Interamericana sobre Normas de Derecho Internacional Privado, que limita esta excepción al hecho de “que la lesión sea manifiesta y que se refiera a sus principios fundamentales”. Esto lo consideramos necesario en aras de desvirtuar con continuas reservas el objeto de la Convención. Sin esta limitación, la convención podría quedar inaplicable

Tras lo expuesto y en razón del tema que tratamos, resulta relevante abordar la CIDIP V (firmada en la Ciudad de México, 1994), relativa al derecho aplicable a los Contratos Internacionales (la cual tomó como modelo a la Convención de Roma de 1980).

El articulado de esta Convención destaca por su alto contenido innovador, favoreciendo la aplicación de las nuevas modalidades de la contratación internacional utilizadas como consecuencia del desarrollo del tráfico privado mercantil, tendiente a una apertura en los negocios comerciales en la etapa de la actual globalización de la economía mundial. La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales hace uso de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a la determinación del derecho aplicable en materia de contratación. Esta elección que hacen las partes del Derecho aplicable a la contratación podrá estar referida a todo el contrato o a una sección del mismo. Tal como lo establece el artículo 7,⁵⁴ ha de constar expresamente y, en caso de ausencia de la voluntad expresa, ha de deducirse de la conducta asumida por las partes con relación al contenido del contrato, de la redacción de las estipulaciones previstas, consideradas éstas en su totalidad.

Por otra parte ésta CIDIP, incluye la supletoriedad de la ley, en caso de ausencia de elección del derecho aplicable. Precisamente, es en la disposición contenida en el artículo 9,⁵⁵ donde se encuentra la esencia de la innovación

⁵⁴ Artículo 7 El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.

⁵⁵ Artículo 9. Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.

El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.

legislativa, pues establece como ley supletoria a la voluntad no ejercida por las partes, la ley del Estado con la cual el contrato tenga “vínculos estrechos”. La Convención utiliza para ello, la técnica del principio de mayor proximidad en la formulación de normas conflictuales supranacionales. Por vía excepcional, además, se admite la aplicación de la ley de un Estado diferente en aquella parte del contrato que tuviese mayor nexo con dicha legislación. Además, el artículo 10 de la Convención,⁵⁶ acoge la *lex mercatoria*⁵⁷ y los usos utilizados por quienes contratan en el ámbito internacional, como fuente usual de aplicación en la contratación mercantil.

Hoy día, es incuestionable que la autonomía de las partes constituye un elemento que determina el Derecho aplicable, al igual que cualquier otro factor de conexión rígido, como lo sería el lugar de celebración o de ejecución del contrato. De manera que la elección de un determinado Derecho en un contrato, significa que éste queda sometido tanto a las disposiciones imperativas como dispositivas del ordenamiento jurídico escogido.

La exigencia de la vinculación entre el Derecho escogido y la obligación contractual se fundamentó en la institución del fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado, en la medida en que la selección hecha por las partes pudiere implicar la evasión de normas imperativas del derecho aplicable a falta de elección.

No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato.

⁵⁶ Artículo 10 Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

⁵⁷ Conjunto de reglas propias del comercio internacional elaboradas sin intervención de los Estados y que constituyen un método de solución a los conflictos de leyes. La doctrina dio a dichas normas privadas el nombre de *lex mercatoria* o *new law merchant*.

Algunos autores asimilan la *lex mercatoria* al derecho, considerando, por un lado, que está constituida por los usos y costumbres mercantiles a nivel internacional y, por otro lado, que el principio de la autonomía de la voluntad fundamenta dicha facultad de elaborar reglas propias, de la misma manera que, por medio de la cláusula compromisoria, las partes de un contrato internacional pueden designar al juez competente o al árbitro para resolver los eventuales litigios. La libertad de las partes tiene como únicas limitaciones las normas de aplicación inmediata de los sistemas jurídicos con los cuales el contrato pueda tener vinculación. Tal tendencia considera entonces la *lex mercatoria* como reglas materiales de creación *sui generis*.

Estas dos tendencias totalmente opuestas nos parecen sin embargo posiciones muy extremas. Si bien es cierto que en numerosos casos la *lex mercatoria* puede aparecer como el “derecho de los poderosos” no se puede negar su carácter jurídico. En efecto, cabe recordar que si las partes del contrato no llegan a una ejecución forzosa de dicho laudo será posible únicamente por medio de la intervención de un juez; en tal caso la intervención estatal sí existe. Por otra parte no se puede desconocer la efectividad de tales reglas, ya que la gran mayoría de los contratos internacionales las incluyen siempre; sin embargo, tales reglas no pueden proveer todos los aspectos de un eventual litigio, por lo tanto el contrato se vincula con un derecho nacional que se aplica en tal hipótesis, sea por designación de las partes, sea por determinación de la ley aplicable por medio de las reglas de conflicto del juez que conoce del asunto. La *lex mercatoria* constituye entonces un método de solución a los conflictos de leyes complementario del sistema tradicional.

Diccionario de la Lengua Castellana

Justina v1 Copyright 1998 - 2004 LEJR.

Todos los Derechos Reservados

En éste orden de ideas y toda vez, que nuestro objeto de estudio involucra a las Joint Ventures Internacionales como sociedades constituidas, es menester subrayar que la OEA, previendo este tipo de asociaciones creó una CIDIP (sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado), que regula groso modo las cuestiones que pueden ser problemáticas en determinado momento.

Los problemas que surgen con este tipo de asociaciones entre sujetos de diversos países implican su reconocimiento en la esfera internacional. Pues el reconocimiento de la personalidad jurídica en la esfera internacional, hoy día, constituye un principio aceptado por la mayoría de los países civilizados que todo ente ficticio podrá ser titular de deberes y derechos. Esto es, tendrá personalidad jurídica cuando el mismo exista con personalidad distinta a la de sus miembros, conforme al ordenamiento jurídico de un Estado o a un tratado o a una resolución emanada de una organización internacional o regional. Así lo establece la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado (Arts. 1º y 8º)⁵⁸ y, en cierta forma, también lo consagra el artículo 3º de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles.⁵⁹

En este sentido es claro que en todo el mundo globalizado, las sociedades constituidas en el extranjero intentan que se les reconozca un *status* similar al de las constituidas en el país donde operan. Dado que siempre le apostamos a la capacidad de crear personas jurídicas a través de la autonomía de la voluntad, cumpliendo las normas previstas para tal fin.

Sobre la actuación extraterritorial de sociedades, han existido dos grandes criterios: el lugar del domicilio, como sede real o establecimiento, propio del derecho europeo continental, y el lugar de constitución o incorporación a un registro, propio de los países anglosajones y del principio de libertad de elección del derecho aplicable. Esta busca dirimir los conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles a través de la determinación de la ley aplicable en esta materia.

⁵⁸ Artículo 1. *La presente Convención se aplicará a las personas jurídicas constituidas en cualquiera de los Estados Partes, entendiéndose por persona jurídica toda entidad que tenga existencia y responsabilidad propias, distintas a las de sus miembros o fundadores, y que sea calificada como persona jurídica según la ley del lugar de su constitución.*

Se aplicará esta Convención sin perjuicio de convenciones específicas que tengan por objeto categorías especiales de personas jurídicas.

Artículo 8. *Las personas jurídicas internacionales creadas por un acuerdo internacional entre Estados Partes o por una resolución de una organización internacional, se regirán por las estipulaciones del acuerdo o resolución de su creación y serán reconocidas de pleno derecho como sujetos de derecho privado en todos los Estados Partes del mismo modo que las personas jurídicas privadas y sin perjuicio de invocar, en su caso, la inmunidad de jurisdicción.*

⁵⁹ Artículo 3. *Las sociedades mercantiles debidamente constituidas en un Estado serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados.*

El reconocimiento de pleno derecho no excluye la facultad del Estado para exigir comprobación de la existencia de la sociedad conforme a la ley del lugar de su constitución.

En ningún caso, la capacidad reconocida a las sociedades constituidas en un Estado podrá ser mayor que la capacidad que la ley del Estado de reconocimiento otorgue a las sociedades constituidas en este último.

Aplica a las sociedades mercantiles que hubieran sido constituidas en algún estado signatario. La existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de la sociedad está sometida a la ley del lugar de constitución. Esta Convención consagra el principio de reconocimiento extraterritorial de una sociedad, sin embargo, es importante subrayar que el Estado receptor puede exigir comprobación de la existencia de la sociedad conforme la ley del lugar de su constitución. Así mismo, el reconocimiento de una sociedad extranjera no puede implicar una capacidad más amplia que la ofrecida a las sociedades de ese Estado. Esta Convención regula además la actividad extraterritorial de la sociedad y la somete a la ley donde aquella cumple los actos que en forma directa o indirecta se vinculan al objeto social. Esta norma también se aplica a las sociedades filiales o subsidiarias de una extranjera. La Convención también prevé que las sociedades constituidas en un Estado que pretendan establecer la sede efectiva de su administración central en otro Estado, podrán ser obligadas a cumplir con los requisitos establecidos en la legislación de este último. Finalmente dicha convención repite normas de ordenamientos jurídicos anteriores sometiendo los litigios que se deriven de su objeto social a la jurisdicción territorial.

Ahora bien y en complementación con las anteriores CIDIP's, la OEA consideró necesaria la existencia de un acuerdo a nivel de CIDIP en el tópico de solución de controversias a través del arbitraje, el cual se concretó en la llamada **Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional (1975)**, esta convención resulta esencialmente básica y aplicable en cualquier contratación mercantil entre partes pertenecientes a los Estados signantes, entendiéndose que aceptan la aplicación de dicha Convención a través de la inclusión de una cláusula especial o convenio en el que manifiesten su conformidad, hecho esto resultará legítimamente aplicable para los casos de controversias futuras que las partes determinen sea sometidas al arbitraje y conforme a que reglas, y para el caso de no haber acuerdo expreso el arbitraje se llevará acabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.⁶⁰

De hecho es incuestionable que las reformas más importantes al Código de Comercio de nuestro país, se refieren al procedimiento arbitral a fin de implementar la CIDIP de 1975. Especialmente los artículos 1347-A y los artículos 1415 a 1444, son los que se refieren al procedimiento arbitral y a la ejecución de sentencias dictadas en el extranjero.⁶¹

Conforme a lo expuesto, podemos agregar que efectivamente la OEA en cuestión de solución controversias ha implementado el arbitraje, método sumamente importante y versátil en esta materia, además su labor ha sido íntegra dado que hoy existen diversas convenciones que en si mismas dan una solución a posibles desavenencias de tipo conflictual que pudieren surgir entre las partes.

⁶⁰ Artículo 3 de la **Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional**.

⁶¹ GARCÍA, Moreno Víctor Carlos. *Derecho Conflictual*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México, 1991. Pág. 42.

CAPÍTULO 3. LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN EL DERECHO COMPARADO.

3.1 UNIÓN EUROPEA.

Al tratar este tema, es menester primero remitirnos al Tratado de Roma de 1957, en donde se va instituyendo lo que hoy conocemos como Unión Europea, este tratado constituye la base de su funcionamiento, así mismo por lo que respecta a las inversiones y en éste caso a la liberalización de capitales tenemos que, este tratado mediante el cual se forma la Comunidad Económica Europea, empieza a marcar las directrices que deberá observar la entrada de capitales a cualquier país de la Unión, la realidad era que no existía ninguna obligación formal de liberalización de los movimientos de capitales, sino que ésta sólo se debía producir «en la medida necesaria para el buen funcionamiento del mercado común» (artículo 67 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea o Tratado CEE en su versión original de 1957). Por eso las primeras directivas sobre este tema, de 1960 y 1962, sólo establecían una liberalización incompleta, combinada con numerosas cláusulas de salvaguarda que, por otra parte, fueron ampliamente utilizadas por los Estados miembros.

Es así que en mayo de 1986,⁶² la Comisión Europea da un fuerte impulso a la instauración de un espacio financiero europeo; su «Programa para una liberación de los movimientos de capital en la Comunidad» describe detalladamente todas las condiciones que deben cumplirse y las medidas a adoptar. En este marco se adoptó la Directiva 85/566/CEE (derogada el 1 de julio de 1990), que preveía la liberalización completa de todas las transacciones en capital directamente necesarias para la interconexión de los mercados financieros nacionales. Sin embargo, las operaciones no liberalizadas seguían siendo muy numerosas.

Al situar la libre circulación de capitales al mismo nivel que la de bienes y servicios, el Acta Única constituye una etapa decisiva que permite, el 24 de junio de 1988, la adopción de la Directiva 88/361/CEE, encaminada a dotar al mercado único de una plena dimensión financiera y que instaura como principio la liberalización completa de los movimientos de capitales a partir del 1 de julio de 1990, tanto entre los Estados miembros como entre Estados miembros y terceros países (apertura «erga omnes»). Un régimen transitorio estaba previsto para España, Portugal, Grecia e Irlanda hasta el 31 de diciembre de 1992 y una posibilidad de prórroga máxima de tres años, para Portugal y Grecia; este último país la utilizó hasta el 16 de mayo de 1994.⁶³

De acuerdo con las conclusiones del Consejo Europeo de Madrid del 26 y 27 de junio de 1989, la liberalización de los movimientos de capitales

⁶²El Tratado de Roma se modifica a través de la Acta Única en febrero de 1986.

⁶³ HEN, Christian y LÉONARD Jacques. *L'Union Européenne*. Éditions La Découvert. París, Francia, 1995. Pág.30.

corresponde a la puesta en marcha de la primera fase de la unión económica y monetaria .

Con la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea (el 1 de noviembre de 1993), el principio de la libertad completa de los movimientos de capitales quedó inscrito en el propio Tratado.

A partir del 1 de enero de 1994, fecha que corresponde al principio de la segunda fase de la unión económica y monetaria, los artículos 56 a 60 del Tratado CE introdujeron un nuevo régimen para los movimientos de capitales⁶⁴:

- El **artículo 56** introduce el principio de la libertad completa de los movimientos de capitales y de los pagos, tanto entre Estados miembros como entre éstos y terceros países.⁶⁵
- El **artículo 57** introduce la posibilidad de mantener las restricciones respecto de terceros países que existan el 31 de diciembre de 1993 de conformidad con el Derecho nacional o con el Derecho comunitario.
- El **artículo 58** define los ámbitos en que los países miembros pueden mantener disposiciones de información, de supervisión y de carácter fiscal sin que se vean obstaculizados los movimientos de capitales.
- El **artículo 59** contempla la posibilidad de tomar medidas de salvaguarda en caso de que movimientos de capitales procedentes de terceros países o destinados a éstos dificulten el funcionamiento de la unión económica y monetaria.
- El **artículo 60** permite que la Comunidad o los Estados miembros adopten medidas relacionadas con los movimientos de capitales procedentes de terceros países o destinados a éstos por motivos de seguridad o de política exterior.

El Tratado de Amsterdam dio nuevos números a los artículos de los tratados y suprimió determinadas disposiciones caducas.⁶⁶

Actualmente, todos los Estados miembros aplican un régimen de libertad completa de los movimientos de capitales y de los pagos, acompañado de medidas paralelas destinadas a garantizar la mayor coherencia entre las políticas comunitarias. Se trata, en especial, de las siguientes disposiciones:

- **Protagonistas económicos y privados:** las disposiciones se refieren a protagonistas económicos o privados como bancos u otras empresas y a los consumidores, con el fin de garantizar una competencia en condiciones iguales y un elevado nivel de protección de los consumidores;

⁶⁴ www.europa.eu.int

⁶⁵ *Este artículo es de aplicación directa. Tal y como podemos observar es claro que este artículo da entrada plena a la inversión extranjera, con la reserva de dejar las restricciones existentes hasta diciembre de 1993, con respecto a terceros países.*

⁶⁶ *Los números de los artículos que se proporciona en esta ficha aluden a la nueva numeración de los Tratados.*

- **Aspectos fiscales:** la fiscalidad sigue siendo fundamentalmente competencia de los Estados miembros, aunque algunos aspectos fiscales deben ser respetados a escala comunitaria por los protagonistas económicos y los privados;
- **Fraude: para mantener un espacio de seguridad** luchan eficazmente contra el fraude, en particular para evitar toda utilización del sistema financiero a efectos de blanqueo de dinero;
- **Ampliaciones de la Unión:** la última ampliación de la Unión con diez nuevos Estados crea la necesidad de ampliar la zona euro. Hay que tener en cuenta que se negociaron períodos transitorios para la adquisición de bienes inmuebles entre la Unión y los nuevos Estados;
- **Lucha contra el terrorismo:** tras los ataques del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, la Unión pretende hacer frente a los retos del terrorismo. La Comunidad prevé, entre otras cosas, restricciones a la libre circulación de capitales y la congelación de haberes con el fin de impedir la financiación de actos terroristas.

La libre circulación de capitales sigue siendo una necesidad para beneficiarse plenamente de las ventajas del mercado único.

De acuerdo con el marco legal antes explicado, se expide un reglamento cuya finalidad es detallar los pormenores de los artículos que regulan la liberación de capitales y a su vez la libre competencia, en este caso nos referimos a las medidas concernientes a la concentración y participación que entre empresas se puede dar dentro de la Unión Europea.

En este sentido el Tratado de Roma,⁶⁷ establece en su artículo 81:

1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en...

Como podemos apreciar este artículo señala las limitaciones a toda concertación empresarial, cuyo resultado pueda afectar la competencia efectiva en el mercado común, es decir, prohíbe expresamente los monopolios, delimitando la compatibilidad de los acuerdos *joint venture* con lo establecido por dicho tratado.

Tal objetivo es, en aras de proteger los intereses de toda la comunidad, sin embargo, éste artículo que hemos citado no es suficiente para dar las directrices específicas a las cuales están sujetas las empresas en este tipo de operaciones, por lo que el mismo tratado contempla la facultad de legislar sobre cuestiones que en dicho tratado no estén bien detalladas, es así que a continuación enunciamos dicho artículo:

⁶⁷ Versión consolidada.

Artículo 308. Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes.

Así en el entendido de que para determinar que normas serían aplicadas para estos casos es que, se creó el **Reglamento 4064/1989** del 21 de diciembre de 1989,⁶⁸ el cual versa **sobre el control de las operaciones de concentración de empresas**, es así que el artículo 3.2 del este Reglamento establecía, que para calificar una unión de empresas como de concentración, se debía crear una entidad económica independiente que actuara con carácter permanente, sin embargo, existía ambigüedad en la expresión <<económicamente independiente>>, por lo que el Consejo emitió una comunicación (31-12-1994) en la cual determinaba su alcance la cual se refiere a <<funciones plenas>>, ello significa que la empresa de participación debe de disponer de recursos financieros y humanos para desarrollar una actividad empresarial en forma duradera.⁶⁹

No obstante, éstas disposiciones y en razón de la acelerada práctica empresarial en cuanto a las formas que toman para operar, la Comisión para asegurarse de que las concentraciones no pongan en peligro el desarrollo de la competencia, esencial para el Mercado Único, hoy las fusiones o concentraciones comprendidas en el ámbito de aplicación del reglamento podrán ser evaluadas por la Comisión a priori, mientras que hasta ahora la Comisión sólo estaba facultada para evaluar a posteriori las consecuencias para el mercado de determinadas operaciones de fusión o concentración. Permitir, asimismo, llegar a decisiones rápidas en un marco jurídico bien definido para la industria. Impedir que se apliquen múltiples normatividades nacionales a una misma concentración de grandes dimensiones, en la que estén involucrados varios Estados miembros.

Es así, como a través del Reglamento (CEE) n° **4064/89** del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, reguló sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas,⁷⁰ no obstante fue modificado por el Reglamento (CEE) n° **1310/97** del Consejo, de 30 de junio de 1998,⁷¹ dicho reglamento se aplicaba a todas las operaciones de concentración de dimensión comunitaria y a su vez el propio Reglamento (CEE) n° **4064/89** queda ahora sustituido, a partir del 1 de enero de 2004, por el **Reglamento (CE) n° 139/2004, actualmente vigente.**

⁶⁸ De acuerdo con las reformas a dicho reglamento, a través del Reglamento 1310/1997, de fecha 30 de junio de 1997.

⁶⁹ MIQUEL, Rodríguez Jorge *La sociedad conjunta : joint venture corporation*. Editorial Civitas. Madrid, España, 1998. Pág. 68.

⁷⁰ [Diario Oficial L 395 de 30.12.1989]. Rectificación: Diario Oficial L 257 de 21.09.1990.

⁷¹ [Diario Oficial L 180 de 09.07.1997].

En el citado reglamento, el artículo 1º define que se entiende por concentración de empresas con dimensión comunitaria:

...a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5000 millones de euros, y

b) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros,

Salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro.

3. Una concentración que no alcance los umbrales establecidos en el apartado 2 tendrá dimensión comunitaria cuando:

a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 2500 millones de euros;

b) en al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros;

c) en al menos tres Estados miembros contemplados a efectos de la letra b), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros, y

d) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros,

Salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado miembro...

Las operaciones de concentración son objeto de una evaluación para determinar si son compatibles con el mercado común. Se declaran incompatibles las operaciones de concentración, que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante. Esto resulta aplicable en el caso de la creación de una empresa en participación que constituya una operación de concentración y que tenga por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes.

Se considerará que existe operación de concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de:

- a)** la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes; y
- b)** la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de

participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas.⁷²

Así mismo, se establece que para que se considere que hay un control este deberá incluir los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa; en particular mediante:

- a) Derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa.
- b) Derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa.

No obstante, lo anterior, también se define que significa el que una persona o empresas adquieran el control, así se tiene que se producirá cuando:

- a) sean titulares de esos derechos o beneficiarios de esos contratos.
- b) sin ser titulares de dichos derechos ni beneficiarios de dichos contratos, puedan ejercer los derechos inherentes a los mismos.

Y en general, toda creación de una empresa en participación que desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma constituirá una concentración.⁷³

El volumen de negocios comprende, en principio, los importes resultantes de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por las empresas afectadas durante el último ejercicio y que correspondan a sus actividades ordinarias, previa deducción de las reducciones sobre ventas así como de los impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios.

Las operaciones de concentración de dimensión comunitaria deben notificarse a la Comisión antes de su ejecución en cuanto se haya concluido el acuerdo, anunciado la oferta pública de adquisición o adquirido una participación de control.⁷⁴

Como hemos observado, la intención de la Unión Europea siempre será salvaguardar la libre competencia, en tanto que para ello ha implementado un sistema en el cual otorga el derecho de audiencia a los Estados Miembros que

⁷² Artículo 3 del Reglamento (CE) 139/2004.

⁷³ La adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas.

⁷⁴ Artículo 4 del Reglamento (CE) 139/2004.

puedan ser afectados con una autorización sobre concentración de empresas, para ello el artículo 4º señala el siguiente procedimiento:

1. Una vez procedente la aplicación del reglamento a la concentración, se publica el hecho de la notificación, indicando los nombres de las empresas afectadas, su país de origen, la naturaleza de la concentración y los sectores económicos afectados.
2. Previa a la notificación de una concentración las personas o las empresas fusionantes o intervinientes podrán informar a la Comisión, por medio de un escrito motivado, de que la concentración puede afectar de manera significativa a la competencia en un mercado de un Estado miembro que presenta todas las características de un mercado definido y, por tanto, debe ser examinada, total o parcialmente, por dicho Estado miembro.
3. La Comisión transmitirá este escrito sin demora a todos los Estados miembros. El Estado miembro al que se refiera el escrito motivado manifestará su acuerdo o desacuerdo en lo relativo a la solicitud de remisión del asunto en un plazo de 15 días laborables desde la recepción del escrito. Si dicho Estado miembro afectado no adopta una decisión en ese plazo, se considerará que está de acuerdo.
4. En caso de manifestar inconformidad el Estado miembro, la Comisión podrá decidir, cuando considere que existe tal mercado definido y que la competencia en el mismo puede verse afectada de manera significativa por la concentración, la remisión total o parcial del asunto a las autoridades competentes de dicho Estado miembro con objeto de que se aplique su normativa nacional en materia de competencia.

La decisión de proceder o no a la remisión de un asunto, se adoptará en un plazo de 25 días laborables desde la recepción del escrito motivado por la Comisión, quien informará a los demás Estados miembros y a las personas o empresas afectadas de la decisión que haya adoptado. Si la Comisión no adopta una decisión en el plazo citado, se considerará que ha decidido remitir el asunto conforme al escrito presentado por las personas o empresas afectadas.

Si la Comisión decide o se considera que ha decidido, en virtud de los párrafos tercero y cuarto, remitir el asunto en su integridad, no se habrá de presentar una notificación y se aplicará la normativa nacional en materia de competencia.

La Comisión procederá al examen de la notificación a su recepción:

- Si llega a la conclusión de que la operación de concentración que se notifica no entra en el ámbito de aplicación del presente reglamento, lo declarará mediante decisión;
- Si comprueba que la operación de concentración que se notifica, pese a entrar en el ámbito de aplicación del reglamento, no plantea serias dudas

en cuanto a su compatibilidad con el mercado común, la declarará compatible con éste;

- Si la operación notificada entra en el ámbito de aplicación del reglamento y plantea serias dudas sobre su compatibilidad, decidirá incoar el procedimiento; una vez modificada por las empresas afectadas, podrá declarar que la operación es compatible con el mercado común.

El criterio fundamental para determinar la compatibilidad con el mercado común es el de las consecuencias que la fusión tenga sobre la competencia en los mercados en los que operen las empresas fusionadas.

La Comisión podrá realizar, a través de representantes debidamente acreditados, cuanta verificación considere necesaria en la empresa o asociaciones de empresas. Igualmente, podrá recopilar cuantos datos considere necesarios para su investigación.⁷⁵

Los agentes y otros acompañantes habilitados por la Comisión para proceder a una inspección estarán facultados para:

- acceder a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas;
- verificar los libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera que sea su soporte material;
- hacer u obtener copias o extractos, en cualquier formato, de dichos libros o documentos;
- precintar todos los locales y libros o documentos de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección;
- solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas.

Las empresas y asociaciones de empresas están obligadas a someterse a las inspecciones que la Comisión haya ordenado mediante decisión.

La Comisión, antes de adoptar decisión alguna sobre la compatibilidad o incompatibilidad o la imposición de multas, deberá consultar a un Comité Consultivo, compuesto de representantes de las autoridades de los Estados miembros.

Los Estados miembros deben abstenerse de aplicar su legislación nacional en materia de competencia a las operaciones de concentración de dimensión comunitaria.

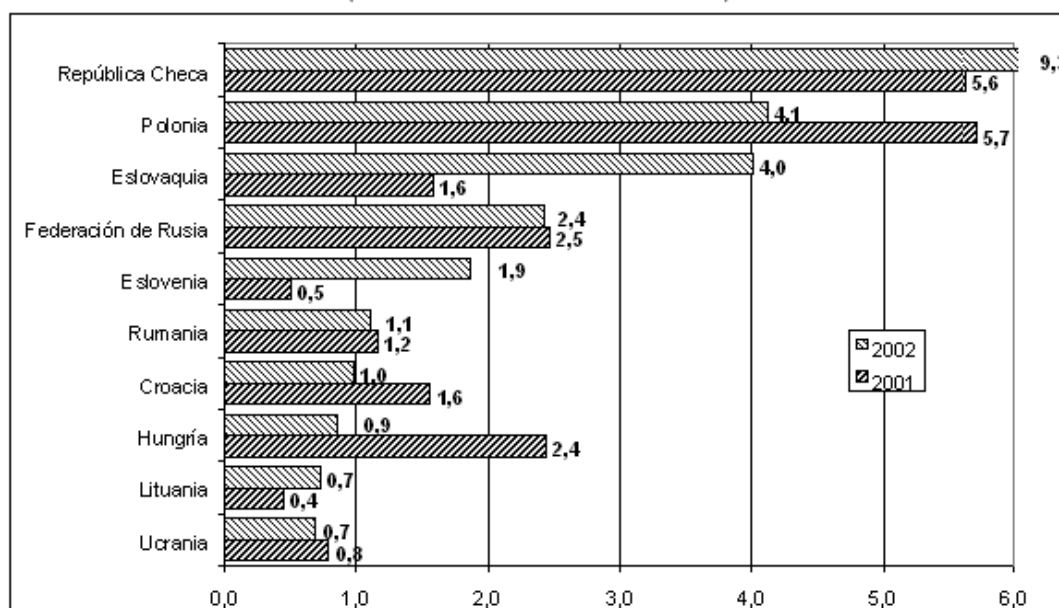
No obstante, la gama de ordenamientos que regulan el movimiento de capitales en sentido amplio, nos encontramos que en efecto la UE ha sido muy previsiva en limitar y legislar estas operaciones, los países que son parte de esta

⁷⁵ Artículo 12 y 13 del Reglamento (CE) 139/2004.

unión también tienen ciertas normas tendientes a limitar las inversiones o entrada de capitales a su territorio de acuerdo con la legislación de la Unión Europea, se les permite intervenir para el caso de cuestiones menos trascendentes, verbigracia España, quien con el fin de armonizar su legislación con la de la Unión Europea, promulgó el Real Decreto 664/1999 del 23 de abril, sobre inversiones extranjeras, que se aplica tanto a las inversiones extranjeras en España como a las inversiones españolas en el exterior, en dicho decreto hace mención específica de que es lo que se considera una inversión extranjera y en éste sentido quienes pueden ser titulares de esta, como podemos observar sólo limitan un principio al que deben sujetarse, con ciertas condiciones, y en éste caso se someten a normas de tipo administrativo y económico.

En los últimos años podemos apreciar que la inversión extranjera en diversos países de la Unión Europea ha sido progresiva, tal como lo muestra el siguiente gráfico.

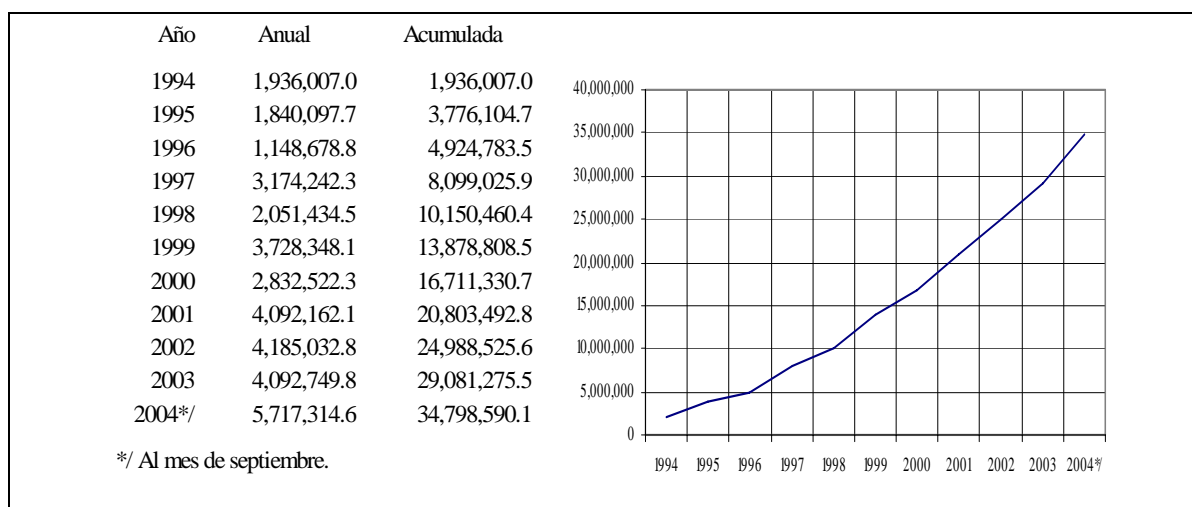
Gráfico
Europa central y oriental: entradas de IED en los 10 principales
países receptores, 2001 y 2002^a
(en miles de millones de dólares)



Fuente: UNCTAD.

Sin embargo, hoy con motivo de la celebración del Tratado de Libre Comercio con la UE (TLCUEM) y México se ha observado que la inversión de la UE no ha aumentado de manera considerable aún y cuando México se ha abierto de manera importante, puesto que hasta septiembre de 2004 la inversión europea alcanzó los 34,798, 590.00 millones de dólares, lo cual representa el 25.5% de la IED que ingresa al país y que bueno en efecto ha aumentado con respecto a años anteriores, de acuerdo con el siguiente gráfico.

Inversión de la Unión Europea en miles de dólares



Fuente: Secretaría de Economía

Ello se complementa con la cifra de que en el mismo mes y año se contaba con el registro de 6,620 sociedades con participación de la UE en su capital, que corresponde al 21.5% de las sociedades con inversión extranjera directa (IED) registradas en México (30,860 en total). Los principales países inversionistas de la Unión Europea son España, que aportó el 45.2%, Holanda, con 32.4%; Reino Unido, con 9.7%; y Alemania, con 8.3%.

3.2 REPÚBLICA POPULAR CHINA.

3.2.1 *The Law People's Republic Popular China Chinese-Foreign Joint Venture.*

La ley de empresas mixtas de la República Popular China de 1979, establece que una empresa mixta (*Joint Venture*) es una sociedad de responsabilidad limitada sujeta a la aprobación del gobierno chino en la que una parte del capital social pertenece a uno o varios socios chinos y otra parte a uno o varios socios extranjeros.⁷⁶

Se establece que la Comisión de Inversión Extranjera de la República Popular China es la encargada de aprobar o rechazar un proyecto de *Joint Venture*, y emitirá su decisión dentro del término de 3 meses.⁷⁷

Una vez que dicha Comisión dé su aprobación, la *Joint Venture* deberá iniciar su proceso de Registro ante la Administración General para la Industria y el Comercio de la República Popular China, quien a su vez le expedirá la Licencia para poder ejercer su negocio e iniciar sus operaciones.⁷⁸

⁷⁶ Article 1 de la *Law People's Republic Popular China Chinese-Foreign Joint Venture.*

⁷⁷ *Ibidem.* Artículo 3.

⁷⁸ *Idem.*

La forma que toma la *Joint Venture* será el de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, así por lo que respecta a las aportaciones de las partes, se establece que el socio extranjero debe contribuir por lo menos con un 25% del capital registrado. En éste sentido se señala que las ganancias, las pérdidas y los riesgos serán compartidos por las partes en la proporción directa a sus aportaciones. Por otro lado, se prohíbe a las partes realizar asignación alguna al capital registrado sin el consentimiento de los socios.⁷⁹

En cuanto a la forma en la cual puede hacerse la aportación, se permite que sea en dinero, en especie o en derechos de propiedad industrial (tecnología), en cuanto a esta última se hace la aclaración de que ésta debe contribuir al desarrollo del país, y para el caso de que la tecnología se considere obsoleta el responsable deberá pagar una compensación por las pérdidas que a consecuencia de ello se causen. Por ello es de vital importancia señalar en el contrato en que consiste la inversión (aportación) de cada una de las partes y su valor.⁸⁰

Con ésta estructura se maneja lo concerniente al Consejo de Administración o Junta de Directivos, el cual estará compuesto por miembros que serán elegidos por los socios de acuerdo con lo estipulado en el contrato. Se establece que el Consejo de Administración deberá contar con un Presidente (el cual tendrá su oficina en China), dos vicepresidentes y los vocales.⁸¹

Se le faculta al Consejo de Administración para que sea el encargado de resolver todos los problemas de importancia dentro de la *Joint Venture*, quienes deberán de consultar previamente a los socios, bajo el principio de igualdad y beneficio mutuo.

En éste sentido la ley señala que el Consejo de Administración tendrá todas las atribuciones y poderes que el mismo contrato de *Joint Venture* señale, así entre los tópicos sobre los que discutirá y decidirá el Consejo, serán lo concerniente a las propuestas de producción y operación de actividades, presupuesto de ingresos y egresos, distribución de utilidades, recursos humanos, expansión de la empresa, sueldos, término de los negocios principalmente.

En cuanto a lo que se refiere a las políticas laborales, éstas deberán ser de conformidad con lo que las leyes de la República Popular China establezcan y de acuerdo con lo estipulado en el contrato, siempre y cuando no contravenga la primera.

En lo referente al reparto de utilidades (ganancias) entre los socios éstas sólo podrán ser distribuidas en proporción directa a las aportaciones, previo pago de los impuestos, deducción del fondo de reserva, fondo de asistencia social.⁸²

⁷⁹ *Ibidem*. Artículo 4.

⁸⁰ *Ibidem*. Artículo 5.

⁸¹ *Ibidem*. Artículo 6.

⁸² *Ibidem*. Artículo 7.

Para lo efectos del pago de impuestos, se establece, que si la *Joint Venture* posee tecnología avanzada según los estándares mundiales, ésta podrá ser deducida en el pago del Impuesto sobre los Ingresos por el 1º, 2º y 3º año de ganancias.

De igual manera si el socio extranjero reinvierte sus ganancias en China, puede solicitar el reembolso de una parte del impuesto pagado.

Por otro lado se establece que la *Joint Venture* deberá abrir una cuenta en el Banco de China o en otro banco que el primero apruebe.⁸³

Por lo que toca a las transacciones de cambio de divisas, éstas se harán de acuerdo con las reglas de cambio de divisas que dicte la República Popular China. Así la *Joint Venture* puede aumentar sus reservas directamente en bancos extranjeros.

Por lo que respecta a la contratación de seguros, estos deben ser suministrados por bancos o compañías chinas exclusivamente.

En lo que respecta a la producción y a los planes de operación de la *Joint Venture*, estos deberán ser archivados en el departamento a cargo y serán implementados a través de contratos económicos.⁸⁴

En cuanto a la compra de materiales sin procesar y procesados, combustibles, partes (piezas y equipo auxiliar) la *Joint Venture* deberá dar prioridad a los proveedores chinos o también en el mercado internacional directamente con el cambio de divisas.

Para el caso de comercializar sus productos fuera de China, los productos de exportación pueden ser distribuidos por una *Joint Venture* China o a través de Agencias Chinas. En su caso la *Joint Venture* puede establecer filiales en el extranjero.

En cuanto a los sueldos, salarios y otras ganancias pertenecientes a los trabajadores extranjeros de la *Joint Venture*, una vez que se pague el impuesto sobre la renta individual, estos pueden ser remitidos por el Banco de China de acuerdo con las reglas de cambio de divisas.

Por lo que toca al vencimiento del contrato este puede ser previa consulta a los socios de acuerdo con la línea del negocio y a las circunstancias⁸⁵.

Una vez llegada la expiración del contrato, si los socios así lo determinan, pueden prorrogar el plazo del contrato, previa aprobación de la Comisión de

⁸³ *Ibidem.* Artículo 8.

⁸⁴ *Ibidem.* Artículo 9.

⁸⁵ *Ibidem.* Artículo 11.

Inversión Extranjera de la República Popular China, dentro del término de seis meses previos a que fenezca el contrato.

Puede presentarse el caso de que, antes de que expire el contrato, la empresa esté sufriendo grandes pérdidas y existe imposibilidad de los socios para cumplir con sus obligaciones (prescritas en el contrato) o por fuerza mayor, hay posibilidad de dar por terminado el contrato anticipadamente, siempre y cuando así lo decidan los socios y así lo autorice la Comisión de Inversión Extranjera y la Administración General para la Industria y el Comercio de la República Popular China, sin embargo en el caso de pérdidas causadas por violación del contrato, la responsabilidad financiera será a cargo del socio que violó el contrato.⁸⁶

Si continuaren los conflictos entre los socios y el Consejo de Administración no puede afrontar dicha situación, tal controversia será sometida a un organismo de mediación y/o arbitraje, de acuerdo con lo pactado por las partes.⁸⁷

3.2.2 Procedures of The People's Republic of China for The Registration and Administration of Chinese-Foreign Joint Ventures.

Es un ordenamiento jurídico cuyo fin es el de proteger las operaciones legales de las *Joint Venture*, prevé esencialmente cuestiones administrativas ante la autoridad.⁸⁸

Como ya sabemos, la autoridad encargada de aprobar nuestro proyecto de *Joint Venture* es la Comisión de Inversión Extranjera de la República Popular China, posterior a ello y dentro del término de un mes nuestra *Joint Venture* aprobada deberá obtener su Registro ante la Administración General para la Industria y el Comercio de la República Popular China.⁸⁹

La Administración General para la Industria y el Comercio de la República Popular China es la autoridad central en este procedimiento, sin embargo tiene representantes en las diversas provincias, regiones autónomas y municipios de la República Popular China que fungen como delegados de la autoridad central en estas áreas locales para el efecto de supervisar las licencias expedidas por la autoridad central y auxiliarla.

Así, por lo que respecta a los documentos que deben acompañar la solicitud de **registro**, estos consisten en el documento en el cual conste la aprobación de la *Joint Venture* por la Comisión de Inversión Extranjera de la República Popular China, tres copias del contrato y/o acuerdos anexos de la *Joint Venture*

⁸⁶ *Ibidem*. Artículo 12-13.

⁸⁷ *Ibidem*. Artículo 14

⁸⁸ Artículo 1 **Procedures of The People's Republic of China for The Registration and Administration of Chinese-Foreign Joint Ventures.**

⁸⁹ *Ibidem*. Artículo 2.

firmados por las partes en idioma chino y otro, así como una copia de la licencia de funcionamiento del negocio.⁹⁰

En este tenor, la propia solicitud también debe de exhibirse por triplicado, en idioma chino y en otro, la solicitud debe contener:

- 1) El nombre de la Joint Venture
- 2) Dirección
- 3) Visión y alcance
- 4) Forma de producción y operación
- 5) Registro de capital
- 6) Miembros del Consejo de Administración
- 7) Fecha de aprobación del documento
- 8) Número total de personal (locales y extranjeros).⁹¹

Es menester destacar que la empresa ya puede iniciar operaciones desde el momento en que le expiden la licencia, ya que legalmente está legitimada para ejercer su actividad y protegida por las leyes de la República Popular China.⁹²

Por otro lado, se establece en dicho ordenamiento que es obligación de la *Joint Venture* exhibir su licencia y abrir una cuenta en el *Bank of China* o en otro aprobado por el primero, así como **registrarse ante la autoridad tributaria local** para el pago de impuestos.⁹³

También es necesario que para el caso de que la *Joint Venture* requiera mudarse, cambiar su línea de producción, aumentar o disminuir su capital e inclusive prorrogar el contrato, deberá someterlo dentro del término de un mes a decisión de la Comisión de Inversión Extranjera de la República Popular China, a través de los procedimientos y ante las autoridades ante las cuales en principio le autorizaron su proyecto.⁹⁴

Tales modificaciones deben ser notificadas a la Administración General para la Industria y el Comercio de la República Popular China al terminar el año.⁹⁵

3.2.3 The Income Tax Law Of The People Republic Of China Concerning Chinese Foreign Joint Venture.

Esta ley es del 10 de septiembre de 1980, su materia a regular es el impuesto sobre la renta (grava los ingresos).

El objeto de éste impuesto lo van a constituir las ganancias que obtenga la empresa *Joint Venture* tanto dentro como fuera de China.⁹⁶

⁹⁰ *Ibidem.* Artículo 3.

⁹¹ *Ibidem.* Artículo 4.

⁹² *Ibidem.* Artículo 5.

⁹³ *Ibidem.* Artículo 6.

⁹⁴ *Ibidem.* Artículo 7.

⁹⁵ *Ibidem.* Artículo 8.

La tasa será del 30% y a nivel local del 10%, con excepción de áreas como la del petróleo, el gas natural y otros, pues el impuesto es por separado.⁹⁷

En caso de que la *Joint Venture* remita sus ganancias al extranjero se le cobrará un 10% sobre la cantidad remitida.⁹⁸

En este rubro en efecto la ley china es benevolente, puesto que posterior a los 10 años de operación la *Joint Venture* comenzará a tributar sólo el 50% del impuesto en su 1º, 2º y 3º año lucrativo y para el caso de actividades como la silvicultura, la agricultura y las realizadas en regiones lejanas tributará en los siguientes 10 años con una reducción de entre el 15% y 30% del impuesto.⁹⁹

Además como estímulo para los socios *Joint Venture* que reinviertan sus ganancias en China se les reembolsará el 40% del impuesto pagado. Pero si se retracta en el término de 5 años este le reembolsará al Estado.¹⁰⁰

Por lo que se refiere a las pérdidas que sufra la empresa *Joint Venture*, éstas pueden ser deducidas de las ganancias del año siguiente, si no es posible, por continuar la pérdida entonces se recorrerá sólo hasta por cinco años consecutivos.¹⁰¹

El pago del impuesto deberá ser anual, con pagos trimestrales (pago provisional) dentro de los últimos 15 días del trimestre y el general dentro de los tres meses siguientes a que termine el año.¹⁰²

Así mismo se obliga a los empresarios a guardar su documentación al menos por tres años, ya que las autoridades financieras locales tienen la facultad de investigar como va su funcionamiento, revisiones a las cuales deben acceder los empresarios, para evitar cualquier tipo de evasión u otro ilícito.¹⁰³

Para el caso de mora en el pago del impuesto se cobrará un recargo igual a la mitad del 1% sobre el impuesto por cada día vencido, a partir del día siguiente al en que debió hacerse el pago. También se cobrará multa equivalente a no más de 5 veces el impuesto a pagar.¹⁰⁴

⁹⁶ Artículo 2 de la *Income Tax Law Of The People Republic Of China Concerning Chinese Foreign Joint Venture*.

⁹⁷ *Ibidem*. Artículo 3.

⁹⁸ *Ibidem*. Artículo 4.

⁹⁹ *Ibidem*. Artículo 5.

¹⁰⁰ *Ibidem*. Artículo 6.

¹⁰¹ *Ibidem*. Artículo 7.

¹⁰² *Ibidem*. Artículo 8.

¹⁰³ *Ibidem*. Artículo 9 y 12.

¹⁰⁴ *Ibidem*. Artículo 13.

3.2.4 Regulations for Contracted Operation of Chinese-Foreign Equity Joint Ventures.

El 13 de noviembre de 1990 se promulga en China un ordenamiento que va a regular la operación del *equity joint venture*, en dicho ordenamiento se establece que la constitución de dichas estructuras, serán con el fin de superar el déficit de las empresas chinas y con las cuales el capital extranjero decide concertar un acuerdo tendiente a hacer crecer conjuntamente la empresa.¹⁰⁵

En éste ordenamiento se establece que dicho acuerdo debe estar debidamente documentado en un contrato, en el cual se establecerán los derechos y obligaciones de las partes (socios o co-inversoristas). Así mismo hay obligación de exhibir documentalmente el proyecto industrial objeto del contrato *Joint Venture*, el cual debe estar apegado a las políticas del Estado, existiendo restricción en para los sectores comunicaciones y energía.¹⁰⁶

Ahora bien, para que dicha contratación pueda llevarse a cabo, debe satisfacerse el requisito de existencia del socio chino (empresario) y por otro lado el socio extranjero el cual debe estar dotado de personalidad legal.

Por otro lado, también se establece, que el **inversorista extranjero** debe de tener **tres años de experiencia en la industria** en la cual desea invertir en China, con el fin primordial de hacer crecer la industria en la cual decide asumir el riesgo.¹⁰⁷

Como podemos apreciar China es hoy muy astuta, en el sentido de que en efecto, para algunos empresarios logra ser este país un atractivo por sus ventajas fiscales y en mano de obra igualmente, sin embargo, China también exige resultados, por lo que para el caso de que un inversorista pueda invertir debe dar un depósito de riesgo suficiente, así como una carta de garantía que ampare dicho depósito, con el fin nuevamente de evitar fraudes en su estructura productiva.¹⁰⁸

Por lo que toca al Contrato, se ordena contenga en el mismo el nombre, alcance, condiciones de operación y estado legal de la empresa,¹⁰⁹ así como quienes serán los directores (en México se entiende el Consejo de Administración) a cargo de los cuales estará la vigilancia y funcionamiento de la empresa.

En éste sentido y para evitar cualquier operación o negociación no autorizada, se le restringe al inversorista extranjero el poder transmitir la

¹⁰⁵ La recomendación en este tipo de contrataciones de inversión es tener especial cuidado al valorar la posición financiera de las empresas (tratando de evitar empresas públicas que se encuentren a un paso de la bancarrota) y la utilidad real de los contactos de aquellos empresarios chinos cuya aportación clave sean éstos.

¹⁰⁶ **Article 2 of the** *Regulations for Contracted Operation of Chinese-Foreign Equity Joint Ventures.*

¹⁰⁷ *Id ídem.* Artículo 3.

¹⁰⁸ *Id ídem.* Artículo 4.

¹⁰⁹ Puesto que no podrá cambiar el giro de la negociación, sino previo procedimiento administrativo antelas autoridades chinas competentes.

propiedad de la *Joint Venture*, hipotecar, donar, efectuar leasing, fuera de las condiciones establecidas en el contrato.

Entre las obligaciones de la *equity Joint Venture* se encuentra la presentación de un Informe financiero factual a cargo del Consejo de Administración y como obligación primaria se ordena **aumentar la rentabilidad de la empresa**.

Así mismo las ganancias no pueden ser mayores al 50% de las utilidades generadas anuales pactadas.

Para el caso de pedir un préstamo éste no debe exceder las ganancias obtenidas en un año de los socios.¹¹⁰

En el supuesto de que se deje de cumplir con las obligaciones fiscales por dos años consecutivos, se rescindirá el contrato y la autoridad competente revocará el Certificado de Registro de la *Joint Venture*.

Por lo que respecta al contenido del contrato se señala que debe contener lo siguiente:

- 1) Término del contrato
- 2) Las partes (socios)
- 3) Derechos y Restricciones de las partes
- 4) Deberes y responsabilidades de las partes
- 5) Distribución del pago de los impuestos
- 6) Garantía de riesgo (moneda)
- 7) Carta de garantía del depósito de riesgo
- 8) Medios para resolver las controversias
- 9) Pérdidas y ganancias
- 10) Tecnología
- 11) Métodos de producción y evaluación
- 12) Propiedad y capital
- 13) Deudas
- 14) Contratos de trabajo, salarios, seguros y asistencia social.
- 15) Dirección.

Éste ordenamiento contempla cuales pueden ser las causas por las cuales puede disolver la *Equity Joint Venture*, entre ellas está el hecho de haber cesado la operación contratada.

Para el caso de que una de las partes incumpla el contrato, la parte afectada tendrá el derecho de dar por terminado el contrato y en su caso exigir la compensación correspondiente.

¹¹⁰ *Id ídem. Artículo 5.*

Ahora bien, es de gran importancia la participación de las autoridades que en principio concedieron la autorización para la operación de la *Equity Joint Venture*, puesto que ellas serán las autoridades competentes para el caso de revisar, prorrogar e incluso dar por terminado el contrato.

Una vez abordado el funcionamiento del contrato, ahora nos toca explicar lo relativo a la Solicitud y los documentos que se deben de acompañar, no obstante que, ya en los citados ordenamientos ya vistos se abordan estos puntos, debemos tomar en cuenta que en éste se agregan algunos más por lo que es necesario dejarlos claros.

Documentos que deben acompañarse a la solicitud de aprobación del registro de la *Equity Joint Venture*.¹¹¹

- 1) Aplicación práctica de la operación solicitada
- 2) Acuerdo del Consejo de Administración del Contrato *Joint Venture*.
- 3) Informe con las medidas concretas (formulario de déficit y rentabilidad).
- 4) Licencia de la empresa
- 5) Balance de los tres años anteriores
- 6) Contrato sobre la operación contratada (original)
- 7) Informe de estudios sobre la viabilidad del proyecto
- 8) Opiniones de los departamentos de cargo, tributación financiera.

El proceso de aprobación consiste básicamente en que la autoridad emita su decisión en un plazo de 30 días siguientes a la solicitud, analizando que el contenido no contraríe la legislación china. Aprobado el proyecto se deberá inscribir dentro de los siguientes 30 días para obtener el registro,¹¹²

Para el caso de que la operación contratada varíe, automáticamente se cancela el registro por conducto de la Administración General para la Industria y el Comercio de la República Popular China.

Dentro de los 90 días siguientes se deberá registrar el cambio, para su examen y aprobación por cualquier modificación al contrato. Si se retractan de llevar a cabo el proyecto la ganancia se congela y la licencia se cancela. También se penaliza el modificar la operación contratada sin hacer la modificación en el registro previamente.¹¹³

3.2.5 Áreas Restringidas a la Inversión Extranjera

Sobre éste particular China tiene un gran número de industrias que están restringidas y algunas otras prohibidas para la inversión extranjera.

¹¹¹ *Id ídem. Artículo 6.*

¹¹² *Idem.*

¹¹³ *Id ídem. Artículo 7.*

El catálogo es inmenso y de entre las que están restringidas se encuentran las siguientes:¹¹⁴

I. Industria ligera

- a) El ensamblaje de maquinaria, relojes digitales y máquinas de coser
- b) Aparatos eléctricos domésticos: lavarropas, refrigeradores, y congeladores.
- c) Sal de mesa sal industrial.
- d) Licores de nombre
- e) Celulosa de Diacetate y remolques.
- f) La industria de procesamiento de tabaco (cigarrillo y producción de filtro).
- g) El procesamiento y la producción de cerdo, ganado vacuno y ovejas
- h) Perfumes naturales.

III. Industria de carbón

IV. Industria metalúrgica ferrosa

V. Producto petroquímico e industrias químicas.

- a) Refinerías de petróleo con la capacidad por debajo de 2.5 millón toneladas.
- b) Producción de neumáticos de ángulo.
- c) Extracción de yodo

VI. Industria farmacéutica

- a) Antibióticos: Chloromycetin, gentamicin y pantomycin.
- b) Medicinas y compuestos químicas: analginum, vitamina - B1, y vitamina - B6.
- c) Bloques de medicinas de hierbas de chinos
- d) Productos terminados o semi- terminados de formulario medicinas de hierbas chinas.

VII. Industria de servicios

1. Taxi (los automóviles deben ser comprados en China solamente).
2. Estaciones de gasolina (solamente limitado a la construcción y la operación relacionada con los proyectos).

(B)

VIII. Industria de tejido

- a) Tejido de lana y tejido de algodón.
- b) Seda sin procesar y seda de espacio en blanco.
- c) Fibras sintéticas y materias primas (incluyendo poliéster, acrilonitrilo y nilón 66).

IX. Industria máquina -building

1. Terminó automóviles de sedán (el estado federal, sin embargo, debe tener acciones dominantes o estar en control).
2. Acabado de motocicletas (el estado federal, sin embargo, debe tener acciones dominantes o estar en control).
3. Terminó vehículos de trabajo ligero (incluyendo pasajero autobuses y furgonetas)
5. Compresores de acondicionador de aire automovilísticos, sistemas de aceleración de
11. Equipo de central hidroeléctrica hidráulico: generador unidades con una diámetro de pieza rotatoria de cinco metros y de arriba (incluyendo motor auxiliar y equipo de control); el almacenamiento de bomba a gran escala que genera unidades con una capacidad de los 50,000 kilovatios.

¹¹⁴ Directorio de las industrias restringidas y prohibidas a la Inversión extranjera. www.chinatoday.com

13. Transmisión de electricidad y equipo de transformación: la fabricación de transformadores a gran escala de 220 kilovoltios y interruptores más arriba, de alto voltaje sensores mutuos y equipo cable

X. Industria de comunicación electrónica

1. Construcción y operación de arterias del ferrocarril. (El estado federal, sin embargo, debe sujetar acciones dominantes o estar en control).

2. Transporte sobre agua.

3. Transporte automovilístico fronterizo.

4. La aeronavegación (el estado federal, sin embargo, debe sujetar acciones dominantes o estar en control).

5. Aviación general - uso (en caso de aviación industrial, el estado federal debe sujetar acciones dominantes o estar en control).

XI. El comercio nacional y extranjero, el turismo, los bienes raíces y las industrias de servicios.

3. Comercio exterior.

4. Construcción y operación de zonas de turismo de estado federal.

5. Hoteles de alta calidad y edificios de oficinas.

6. Campos de golf.

7. Agencias de viajes.

8. La contabilidad, la auditoria la advertencia legal y las consultancy, y compañías del corretaje.

10. Educación y servicios de traducción.

XII. Finanzas

1. La banca las compañías financieras, las compañías de inversión y confianza.

2. Compañías de seguros, compañías del corretaje y agente de seguro.

3. Valores, bancos de inversión, comerciales bancos y compañías de dirección de reserva.

4. Leasing financiero.

5. Intercambios de moneda extranjera.

6. Finanzas, seguro y consulta de moneda extranjera.

7. La producción, procesamiento, mayorista y comercio minorista de oro, plata, gemas y joyas.

XIII. Otros

1. La industria de impresión, la industria de publicación y circulación

2. Inspección y evaluación de la importación y los productos primarios de exportación

3. La fabricación, publicación y circulación de audio y productos de video.

XIV. Otras industrias restringir por convenciones internacionales y contratos que China ha firmado.

Directorio sobre industrias que prohíben la inversión extranjera:

1. Recursos animales salvajes y plantas que son protegidos por el estado federal.

2. Especie infrecuente en China (incluir genes finos en la plantación, la zootecnia y aquatics).

3. Construcción de reservas naturales para animales y plantas.

4. Procesamiento de té verde y té especial (como té de nombre de marca y té negro).

I. Industria ligera

1. La escultura de marfil, el procesamiento de tigre - hueso.

2. Alfombra hecha a mano.

3. Lacquerware.

4. Productos de concha de Hawksbill.

5. Procelain blanco - y - color azul.

6. Papel de arroz, palos de tinta.

III. Industria de poder y empresas de servicios públicos urbanas
1. Construcción y operación de redes de energía eléctricas.
2. Construcción y operación de provisión de agua urbano y baja, gas de cocina y redes de calefacción.

VI. Excavación y procesamiento de minas
La minería, extracción y procesamiento de minerales radioactivos.

V.. Producto petroquímico y industrias químicas
1. Minería y procesamiento de boromagnestite.
2. Minería de zolestin.

VI. Industria farmacéutica
1. Medicinas de hierbas chinas que están sobre la protección de estado federal ponen en una lista (incluyendo elemento esencial, regaliz, ulmoides de eucommia y otros).
2. Medicina de hierbas tradicional china que hace tecnología y productos que son hechos con recetas confidenciales.

VII Post y telecomunicaciones, y industrias de comunicaciones
1. Operación y dirección de mensajes y empresas de telecomunicaciones.
2. Control de tráfico aéreo.

VIII. La radio, la película y la televisión
1. Todos dicen la verdad de emisoras de radio y estaciones de televisión (incluyendo redes de televisión por cable y transmite estaciones, y estaciones repetidoras).
2. La producción, publicación y circulación de radio y programas de televisión.
3. La producción de película, la circulación y la función pública.
4. Función de video.

IX.. Medios masivos de comunicación

X. Producción de armas militar

XII. Otros
1. Proyectos que plantean el peligro a instalaciones militares y su rendimiento de utilización.
2. Materias primas y de procesamiento para el cáncer.

3.2.3 Organismos Chinos de Control de las Inversiones Extranjeras

Ministerio de Comercio y Cooperación Económica con el Exterior de la República Popular China

Dentro del Consejo de Estado de la República Popular China, encontramos al Ministerio de Comercio y Cooperación Económica con el Exterior de la República Popular China, que como su nombre lo indica está encargado del comercio y la cooperación económica con el exterior.

Sus atribuciones principales consisten en trazar e implementar las políticas concretas y planes de reforma para este comercio y cooperación y la inversión de los empresarios foráneos, en éste punto se refiere efectivamente a la inversión extranjera, ya que es en efecto a través de éste Ministerio por el cual debe ser autorizado el Proyecto de Inversión Extranjera, a través de la Comisión de Inversión Extranjera que forma parte de éste órgano.

Además de las facultades antes mencionadas también le compete trazar proyectos de leyes y reglamentos al respecto, elaborar y aplicar las reglas detalladas de implementación y los estatutos de administración pertinentes, responder de la conexión entre las leyes, reglamentos y estatutos de comercio y cooperación económica con el exterior y de su conexión con los tratados y acuerdos internacionales, trazar y aplicar el plan a mediano y largo plazo y la estrategia de desarrollo del comercio exterior y las importaciones y exportaciones, presentar sugerencias para la macro regulación y control incluyendo el equilibrio del volumen total y el reajuste estructural, trazar y aplicar la política de comercio tecnológico con el exterior y los estatutos de su administración, así como la política de estímulo a la exportación de tecnologías y equipos completos, trazar y aplicar la política de cuotas de mercancías de importación y exportación, programar e informar del plan de cuotas de importación y exportación, poner en conocimiento a los niveles inferiores y organizar su implementación, elaborar y administrar el catálogo de mercancías de importación y exportación, responder de la distribución de cuotas y de la decisión y expedición de licencias; administrar la ayuda del país al exterior a través de los departamentos competentes, administrar la ayuda gratis multilateral y bilateral a China y las donaciones del extranjero; responder de la cooperación económica de todo el país en el extranjero, trazar y aplicar la política y los estatutos para la cooperación económica en el extranjero, orientar y supervisar la administración de los proyectos que contrata, la cooperación laboral y el trabajo de diseño y consulta para con el exterior.

El Ministerio tiene 19 departamentos (divisiones) funcionales, incluyendo la oficina general, el departamento de personal, educación y trabajo, el de políticas y desarrollo del comercio y la cooperación económica con el exterior, el de planificación y asuntos financieros, el de Asia, el de Asia Occidental y Africa, el de Europa, el de las Américas, el de Taiwan, Hong Kong y Macao, el de relaciones comerciales y económicas internacionales, el de administración del comercio exterior, el de importación y exportación de productos mecánicos y eléctricos, el de administración de la inversión extranjera, el de ayuda al exterior, el de cooperación económica en el extranjero, el de desarrollo científico y tecnológico e importación y exportación de tecnologías, el de transporte de mercancías para el comercio exterior, el de tratados y leyes y el de comunicación social.

Administración Estatal de Industria y Comercio

Por otro lado, también tenemos a la Administración Estatal de Industria y Comercio, que es un organismo de subordinación directa al Consejo de Estado y encargado de la supervisión y administración del mercado y de la aplicación administrativa de la ley.

Sus atribuciones principales consisten en estudiar y trazar las orientaciones, políticas y reglamentos al respecto, trazar y promulgar los estatutos y regímenes de administración ejecutiva de la industria y el comercio; organizar y administrar el registro de las empresas industriales y comerciales y de las entidades e

individuos dedicados a las actividades de gestión, verificar por ley los nombres de las entidades registradas, examinar, aprobar y expedir las licencias pertinentes, y realizar la supervisión y administración; organizar, supervisar y examinar la conducta de competencia en el mercado, investigar y tratar los casos de monopolio y competencia desleal, organizar la protección de los derechos e intereses legales de los consumidores, organizar la administración de los corredores, los organismos de corredores y los contratos económicos, organizar y administrar los registros de hipoteca de bienes, organizar la supervisión y control de las acciones de subasta y organizar y administrar el registro de marcas comerciales.

La Administración tiene 10 departamentos (oficinas) funcionales, incluyendo la oficina general, el departamento de reglamentos, el de transacciones equitativas, el de protección de los derechos e intereses de los consumidores, el de reglamentación y administración del mercado, el de registro de empresas, por lo que toca a ésta última facultad, en efecto ésta administración es la encargada de otorgar el registro de la empresa previa autorización del Ministerio de Economía y Comercio, a su vez será el único que podrá delegar facultades a los departamentos de las provincias y demás regiones para que al efecto lleven un control de las empresas registradas y vigilen su funcionamiento.

Entre otras facultades también se encuentran, el de supervisión y control de la publicidad, el de supervisión y control de la economía individual y privada, el de personal y educación y el de intercambio y cooperación internacionales.

Comisión de Economía y Comercio de la República Popular China

Esta Comisión es un departamento de regulación y control macroeconómicos del Consejo de Estado a cargo de regular la operación de la economía nacional en el período inmediato. Sus atribuciones principales consisten en supervisar y analizar la tendencia de operación de la economía nacional y regular la operación cotidiana de la economía nacional, programar y organizar la implementación de los objetivos de regulación y control, las políticas y las medidas para la operación económica, organizar la solución de los problemas importantes existentes en la operación económica y presentar opiniones y sugerencias al Consejo de Estado, organizar la redacción e implementación de la política industrial del Estado, y supervisar y examinar la implementación; orientar el reajuste de la estructura sectorial y presentar planes de reajuste de las ramas y productos prioritarios; organizar la redacción de reglamentos y políticas económicas de carácter integral para la industria y el comercio y supervisar y examinar su implementación, recabar, compilar, analizar y publicar información económica; estudiar y planificar la distribución de la inversión de las ramas competidoras, publicar regularmente el catálogo de guía para la inversión en los proyectos, estudiar y orientar la reforma del sistema de circulación, y ocuparse del trabajo con las empresas. De acuerdo con lo estipulado por el Consejo de Estado, administra el Buró Estatal de Venta Exclusiva de Tabaco y el Buró Estatal de Supervisión y Administración de la Seguridad en la Producción.

La Comisión tiene 20 departamentos (divisiones y oficinas) funcionales, incluyendo la oficina general, el departamento de políticas y reglamentos, el de

asuntos integrales, el de operación económica, el de política industrial, el de inversión y planificación, el de reforma de las empresas, el de empresas medianas y pequeñas, el de supervisión sobre las empresas, el de comercio y mercado, el de coordinación de la economía orientada al exterior, el de progreso tecnológico y equipos, el de ahorro y utilización integral de los recursos, el buró de seguridad de la producción, el departamento de electricidad, el de medicamentos, el buró de administración de oro, el departamento de capacitación, el de cooperación internacional y el de personal.¹¹⁵

Como podemos darnos cuenta el rápido ascenso de China en el comercio mundial y su colocación como potencia económica, ha sido producto de las facilidades para el establecimiento de la IED, tales como: exención de impuestos para las empresas manufactureras en los primeros de establecimiento y pago del 50% de los mismos durante los siguientes tres, tasas del 15% en el impuesto corporativo para las empresas establecidas en las zonas especiales, libre importación de insumos, simplificación de procedimientos para la obtención de licencias y bajo costo de la fuerza de trabajo y condiciones laborales de absoluta flexibilidad, todo ello convierten a China en un paraíso atractivo que atrae tanto a industrias de alto como de bajo desarrollo tecnológico.

3.3 MÉXICO

3.3.1 Marco Constitucional.

Como base de nuestro sistema jurídico, tenemos a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la cual se desprenden multiplicidad de áreas que deben regularse a través de leyes especiales, en este caso tenemos a la inversión extranjera directa, la cual está contenida en diversos numerales de nuestra Carta Magna, y que sin duda constituye el soporte de ésta materia, precisamente entre los más importantes está el artículo 27, párrafo noveno fracción I, en ella hace especial mención sobre quienes serán capaces de adquirir tierras y aguas de dominio de la nación, así establece que, sólo los mexicanos, las sociedades mexicanas e inclusive los extranjeros siempre y cuando tengan la calidad de nacionales, previa autorización que la Secretaría de Relaciones Exteriores se sirva otorgar y de conformidad con las leyes de la materia, absteniéndose de invocar la protección de su país respecto de dichos bienes; éste artículo tiene especial relevancia porque, como podemos observar la propia Constitución esta limitando la capacidad de los extranjeros para adquirir bienes al hecho de someterse al derecho mexicano y actuar como un ente mexicano, en nuestro caso que como empresa inversionista de capital en nuestro país para gozar de éste derecho se constituya como empresa mexicana o en su caso invierta dentro de una empresa mexicana, sin embargo existe una prohibición de adquirir bienes dentro en la llamada zona restringida que comprende la **faja del territorio nacional de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta a lo largo de las playas, a que hace referencia la fracción I del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**

¹¹⁵ www.spanish.china.org.cn

Por lo que respecta a la rectoría del Estado en materia de desarrollo social, el artículo 25 de nuestra constitución, es el encargado de especificar las áreas estratégicas prioritarias y liberadas que constituyen la órbita de acción y el mecanismo jurídico de los sectores público, privado y social del desarrollo económico de la población, como bien lo señala el autor Narciso Sánchez Gómez, en éste sentido podemos deducir que para lograr éste desarrollo económico, el Estado debe implementar todo tipo de instrumentos idóneos y conforme a nuestra Constitución cuya finalidad como ya apuntamos, sea lograr el desarrollo público nacional y con relación a nuestro tema, es claro que la inversión extranjera directa es uno de ellos.

Así mismo cabe mencionar que el artículo 1º en su primer párrafo de nuestra Carta Magna establece que:

Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga ésta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y condiciones que ella misma establece.

En éste sentido se entiende que, tanto extranjeros como mexicanos gozamos de los mismos derechos establecidos en nuestra constitución, por lo que en este apartado podemos deducir que los extranjeros tienen derecho a participar en las mismas actividades que los mexicanos, sin embargo, el mismo principio establece que la propia Constitución señalará las restricciones a que estarán sujetos y es en efecto que la propia ley suprema de nuestro país establece de manera expresa cuales serán los casos y quien será competente para hacerlos efectivos.

En éste sentido y dado que la Constitución nos da un panorama general del orden jurídico, es necesario la expedición de leyes que de manera específica normen las actividades que de la propia Constitución emanen, por lo que el facultado para ésta tarea es del Congreso de la Unión, quien en el artículo 73 fracción XXIX-F constitucional, se le confiere la facultad expresa y exclusiva para regular lo relativo a la inversión extranjera.¹¹⁶

3.3.1.1. Cláusula Calvo.

La Cláusula Calvo es el convenio en el que el extranjero declara que renunció la protección de su gobierno para cualquier conflicto que surgiese con respecto a sus bienes, bajo la pena de perderlos, en beneficio de la nación, en caso de faltar al convenio.¹¹⁷

Es ésta una cláusula que, en ocasiones, insertan los gobiernos latinoamericanos en contratos públicos celebrados con extranjeros. Implica que, en caso de que surjan diferencias derivadas de esos contratos, el extranjero deberá agotar los recursos locales antes de recurrir a la protección diplomática de

¹¹⁶ Ello significa que es materia Federal y ningún otro nivel del gobierno dentro de la Federación lo podrá dictar ley alguna sobre ésta materia.

¹¹⁷ Términos Jurídicos de Español a Inglés. Justina v1 Copyright 1998 - 2004 LEJR.

su gobierno. No existe un criterio uniforme en torno a si la inclusión de la cláusula en esos contratos puede impedir al gobierno extranjero, tomar parte en la disputa.¹¹⁸

En México, la esencia de la Cláusula Calvo está contenida en el artículo 27 «fr.» I constitucional, *I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones 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 y 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....*”, por lo tanto, tal y como lo establece el presente artículo, el extranjero que desee adquirir dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, o concesión para explotar minas o aguas deberá renunciar, ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, a la protección de su gobierno para cualquier conflicto que surgiese al respecto de dichos bienes, bajo la pena de perderlos, en beneficio de la Nación, en caso de faltar al convenio.

En éste sentido y con el fin de afirmar la postura de nuestro país con respecto a dicha cláusula, es que el Supremo Tribunal de México se ha dado a la tarea de actuar conforme a la Constitución, el sentido de emitir jurisprudencia directamente relacionada con la misma y para ilustrar de manera más específica nos permitimos citar una Jurisprudencia muy acertada y que aplica de manera categórica este principio constitucional, misma que es sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

EXTRANJEROS. CUANDO PRETENDAN ADQUIRIR UN BIEN INMUEBLE EN TERRITORIO NACIONAL, DEBERÁN ACREDITAR QUE CUENTAN CON EL PERMISO CORRESPONDIENTE QUE CONTENGA EL CONVENIO A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 27, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, EN EL MOMENTO DE FORMALIZAR LA COMPRAVENTA ANTE FEDATARIO PÚBLICO. ¹¹⁹ *La fracción I del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que el Estado mexicano puede otorgar el dominio a extranjeros sobre tierras, aguas y sus accesiones, siempre y cuando convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto de tales bienes; y se comprometan a no invocar, por lo que hace a éstos, la protección de sus gobiernos, pues en caso contrario los perderán en beneficio de la nación. Ahora bien, del análisis de lo dispuesto en este precepto constitucional, en relación con los artículos 10-A y 39 de la Ley de Inversión Extranjera, así como 66 y 67 de la Ley General de Población, se desprende que los extranjeros deben acreditar el haber obtenido el convenio o permiso a que se refiere el citado artículo constitucional ante la Secretaría de Relaciones Exteriores para poder adquirir bienes inmuebles, al momento de que su contrato se vaya a formalizar ante un fedatario público, pues dichos funcionarios son los únicos que tienen la obligación de cerciorarse de la calidad migratoria de aquéllos, así como relacionar e insertar en los apéndices o registros, las autorizaciones correspondientes a fin de formalizar*

¹¹⁸ Lengua Castellana. Justina v1 Copyright 1998 - 2004 LEJR.

¹¹⁹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XV, Febrero de 2002. Tesis: 1a. XI/2002. Página: 27.

el acto jurídico que conforme a la ley lo requiera, lo que se traduce a su vez, en que no se necesita de la autorización correspondiente para la celebración del contrato privado de compraventa, sino hasta el momento de formalizarlo mediante la escritura pública que al efecto se otorgue ante el fedatario público.

Amparo directo en revisión 762/2001. Sonia Davidson Fryer de Petersen. 28 de noviembre de 2001. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Mariana Mureddú Gilabert.

Como podemos observar, en efecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación aplica la Cláusula Calvo, sometiendo claramente al extranjero (sea vía inversión extranjera o bien como particular simplemente) a las leyes que establece nuestro país, en el caso de pretender adquirir bienes de dominio de la nación y ejercer derechos reales sobre ellos.

Al respecto de ésta cláusula tan debatida, internacionalmente existen posturas diversas, por un lado los defensores de su validez sostienen que los extranjeros no deben tener más derechos que los que se conceden a los propios nacionales y que la intervención que pueda hacer el gobierno extranjero, protegiendo a su connacional, es un atentado contra el principio de la soberanía del Estado. En cambio, los que se opinan en contra de la validez de la cláusula, afirman que si bien el individuo puede celebrar un contrato en donde se inserte la disposición de referencia, ese acto no impide que su gobierno ejerza el derecho de defenderlo ante las autoridades del Estado en donde se encuentra.

No obstante la discusión va más allá, puesto que dicha cláusula también ha sido atacada en el sentido de criticar que la aplicación de dicha cláusula se hace de acuerdo con la ley doméstica, la cual no debe prevalecer en contra de la internacional. Se señala también que la acción protectora del Estado al que pertenece una persona física o moral no puede ser restringida ni anulada en materia internacional.¹²⁰

Por otro lado y en defensa de la Cláusula Calvo, el doctor Seara Vázquez contesta lo siguiente: *... buscando la causa del endoso, que el que pone en marcha la protección diplomática, no hay duda de que el individuo es el que puede considerar si el daño le ha sido causado, y queda a su libre voluntad el pedir o no a su propio Estado que ejerza protección diplomática. Si la protección diplomática fuera en realidad un derecho público no podría quedar supeditada a la voluntad un particular ya que un particular no puede decirle a su Estado si desea o no que ejerza un derecho que le corresponde al Estado mismo...*¹²¹

3.3.1.2. Limitaciones a los extranjeros.

Como ya lo hemos expuesto, en la zona restringida no hay posibilidad de adquirir bienes como constitucionalmente está establecido, existen otras limitaciones las cuales están reguladas por la Ley de Inversión Extranjera, tales

¹²⁰ MÉNDEZ, Silva Ricardo. *El régimen Jurídico de las Inversiones Extranjeras en México*. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1969. Pág. 90.

¹²¹ SEARA, Vázquez Modesto. *Manual de Derecho Internacional Público*. 2º edición. Editorial Pormarca. México, 1967. Pág. 69.

limitaciones restringen áreas específicas, se hace mención expresa de las áreas en las cuales no puede participar la inversión extranjera; y las áreas en que lo puede hacer de manera parcial, y las áreas que no están contempladas en dicha ley se puede invertir en cualquier proporción, claro que sin perjuicio de las demás leyes en las que de manera expresa también existan limitaciones para poder invertir en esas áreas, dado que tales disposiciones no son limitativas, sino sólo enunciativas. Por lo que éste rubro se abordará más adelante y con más detalle.

3.3.2 Ley de Inversión Extranjera.

México se adhirió al GATT en 1986, lo cual fue el punto de partida de la nueva política internacional en materia comercial. A partir de ese momento se dio inicio a una fuerte corriente de abrogación y publicación de nuevas leyes, derogación y reforma de otras disposiciones comerciales, para poder dar respuesta a los nuevos compromisos asumidos por nuestro país, así como de las presiones que recibía del exterior.

La Ley de Inversión Extranjera (LIE) de 1993 que abrogó a la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera que había estado vigente desde 1973, fue una de las respuestas dadas por el gobierno mexicano en materia de entrada de capital foráneo.

Por lo que se refiere a la capacidad de los sujetos para ser inversionistas extranjeros nuestra ley, con toda propiedad habla en su artículo 2 fracción III de personas morales y no de sociedades extranjeras, ya que no todas las sociedades constituidas en el extranjero tienen personalidad jurídica, ni todos los entes a los que se les atribuye esta, son sociedades.¹²²

Por lo que se refiere a las personas físicas extranjeras (con excepción de los inmigrados), estamos frente a una fórmula amplísima, tal y como hace referencia Barrera Graf, puesto que como bien apunta: “todo hombre o individuo extranjero está aquí comprendido”.

Es claro que la capacidad del inversionista extranjero en cuanto al alcance de sus actos estará regida por el Acta constitutiva de la propia sociedad, ya que para el caso de que participe en una sociedad mexicana debe incluirse la cláusula a que alude el artículo 15 de la LIE, **obteniendo necesariamente permiso de Secretaría de Relaciones Exteriores para la constitución de sociedades, insertando en los estatutos el convenio previsto en la fracción I del artículo 27 Constitucional.**

Así mismo por lo que hace a las Personas Morales Extranjeras cuya finalidad sea realizar habitualmente actos de comercio en la República y aquellas personas a que se refiere el artículo 2,736 del Código Civil, que pretendan establecerse en la República y que no estén reguladas por leyes distintas a dicho Código, dicho numeral establece que:

¹²² BARRERA, Graf Jorge. *Inversiones Extranjeras. Régimen Jurídico*. Editorial Porrea. México, 1975. Pág. 23.

“Artículo 2736. La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, funcionamiento, transformación, disolución, liquidación y fusión de las personas morales extranjeras de naturaleza privada se regirán por el derecho de su constitución, entendiéndose por tal, aquél del estado en que se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas.

En ningún caso el reconocimiento de la capacidad de una persona moral extranjera excederá a la que le otorgue el derecho conforme al cual se constituyó.

Cuando alguna persona extranjera de naturaleza privada actúe por medio de algún representante, se considerará que tal representante, o quien lo substituya, está autorizado para responder a las reclamaciones y demandas que se intenten en contra de dicha persona con motivo de los actos en cuestión.”

En tal virtud y toda vez que el derecho mexicano limita el actuar de las sociedades extranjeras en función del derecho de su constitución tenemos que la LIE también va a exigir el cumplimiento de ciertos requisitos para el caso de que una persona moral extranjera pretenda invertir en nuestro país, en este tenor es que el artículo 17-A de la citada ley establece que debe de satisfacer lo siguiente:

a) Que dichas personas comprueben que están constituidas de acuerdo con las leyes de su país;

b) Que el contrato social y demás documentos constitutivos de dichas personas no sean contrarios a los preceptos de orden público establecidos en las leyes mexicanas; y

c) En el caso de las personas a que se refiere la fracción I del artículo 17, que se establezcan en la República o tengan en ella alguna agencia o sucursal; o, en el caso de las personas a que se refiere la fracción II del mismo artículo, que tengan representante domiciliado en el lugar donde van a operar, autorizado para responder de las obligaciones que contraigan.

En tal caso y una vez satisfechos dichos requisitos la Comisión Nacional de Inversión Extranjera, deberá otorgar la autorización dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de su presentación, y el supuesto de concluir el plazo sin que se emita resolución, se entenderá aprobada.

De igual manera el reglamento de Ley de Inversión Extranjera, contempla detalles, sobre éste trámite, así el 21 señala que la solicitud deberá de exhibirse por escrito, en original y dos copias simples, en la que se señalen los datos generales de identificación del solicitante, así como la descripción de la actividad económica que pretenda desarrollar en el país y además acompañar los siguientes documentos en original y copia simple:

I.- Escritura, acta, certificado o cualquier otro instrumento de constitución, así como los estatutos por los cuales se rige la persona moral;

II.- Poder del representante legal otorgado ante fedatario público; y

III.- Comprobante de pago de derechos previstos en la Ley Federal de Derechos.¹²³

Cuando sea necesario que el solicitante obtenga resolución favorable de la Comisión para participar en una determinada actividad, dicha resolución deberá tramitarse previamente y anexarse a la solicitud.

Los documentos señalados en la fracción I y, en su caso, II serán devueltos al interesado, previo cotejo de los mismos con sus copias simples y deberán estar legalizados ante cónsul mexicano o, cuando resulte aplicable, apostillados de conformidad con el Decreto de Promulgación de la Convención por la que se suprime el requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros.

Los documentos que se presenten en un idioma distinto al español deberán acompañarse con su traducción hecha por perito traductor.

3.3.2.1 Áreas restringidas a la IED.

En éste apartado podemos destacar las diversas restricciones a las que deberá estar sometida la inversión extranjera, puesto que como sabemos la Comisión Nacional de Inversión Extranjera es la encargada de decidir si concede o no autorización para la realización o no de una inversión extranjera. Por lo que sin invadir los temas siguientes en esta sección nos limitaremos a señalar el tipo de restricciones administrativas a las cuales se sujetan las inversiones extranjeras.

Al tenor de lo anterior la Ley de Inversión Extranjera en su artículo 8 señala los casos en los cuales es necesario obtener el visto bueno de la Comisión para efectuar una inversión igual o superior al 49% en los siguientes rubros de la actividad económica y sociedades:

I.- Servicios portuarios a las embarcaciones para realizar sus operaciones de navegación interior, tales como el remolque, amarre de cabos y lanchaje;

II.- Sociedades navieras dedicadas a la explotación de embarcaciones exclusivamente en tráfico de altura;

III.- Sociedades concesionarias o permisionarias de aeródromos de servicio al público;

IV.- Servicios privados de educación preescolar, primaria, secundaria, media superior, superior y combinados;

V.- Servicios legales;

VI.- Sociedades de información crediticia;

¹²³ Artículos 22 fracción IV, 25, 71 y 72 de la Ley Federal de Derechos 1998.

VII.- *Instituciones calificadoras de valores;*

VIII.- *Agentes de seguros;*

IX.- *Telefonía celular;*

X.- *Construcción de ductos para la transportación de petróleo y sus derivados;*

XI.- *Perforación de pozos petroleros y de gas; y*

XII.- *Construcción, operación y explotación de vías férreas que sean vía general de comunicación, y prestación del servicio público de transporte ferroviario.*

Así mismo, el artículo 9º de la LIE de igual manera que el artículo 8º señala que ,para el caso de participar la inversión extranjera en una porción mayor al 49% en el capital social de alguna sociedad mexicana, cuando sus activos superen el monto que determine anualmente la Comisión al momento de someter la solicitud de adquisición debe también obtener resolución favorable de la Comisión,¹²⁴ sin embargo, notamos que el artículo 8 es claro en señalar un porcentaje respecto de la sociedad en la cual se quiere participar, dejando entendido que en todas las áreas en las cuales no haya disposición expresa de éste requerimiento se podrá hacer sin previa resolución favorable de la Comisión.

Así mismo, para el caso de que los extranjeros pretendan adquirir bienes inmuebles fuera de la zona restringida, u obtener concesiones para la exploración y explotación de minas y aguas en el territorio nacional, deberán presentar previamente ante la Secretaría de Relaciones Exteriores un escrito en el que convengan lo dispuesto en la fracción I del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y obtener el permiso correspondiente de dicha dependencia.

¹²⁴ *La Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (CNIE) depende la SECOF (hoy Secretaría de Economía). Está integrada por los Secretarios de Gobernación; de Relaciones Exteriores; de Hacienda y Crédito Público; de Desarrollo Social; de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca; de Energía; de Comercio y Fomento Industrial; de Comunicaciones y Transportes; del Trabajo y Previsión Social; así como de Turismo. Se podrá invitar a participar en las sesiones de la Comisión a aquellas autoridades y representantes de los sectores privado y social que tengan relación con los asuntos a tratar, quienes tendrán voz pero no voto. La CNIE se reúne semestralmente, cuando menos, y decide sobre los asuntos de su competencia por mayoría de votos, teniendo su presidente (el Secretario de Economía) voto de calidad, en caso de empate.*

La Comisión tiene las siguientes facultades:

- *Dictar los lineamientos de política en materia de inversión extranjera y diseñar mecanismos para promover la inversión en México*
- *Resolver, a través de la SECOFI, sobre la procedencia y en su caso, sobre los términos y condiciones de la participación de la inversión extranjera de las actividades o adquisiciones con regulación específica*
- *Ser órgano de consulta obligatoria en materia de inversión extranjera para las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal*
- *Establecer los criterios para la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias sobre inversión extranjera, mediante la expedición de resoluciones generales*
- *Las demás que prevea la LIE*

Y cuando el bien inmueble que se pretenda adquirir esté en un municipio totalmente ubicado fuera de la zona restringida o cuando se pretenda obtener una concesión para la explotación de minas y aguas en territorio nacional, el permiso se entenderá otorgado si no se publica en el Diario Oficial de la Federación la negativa de la Secretaría de Relaciones Exteriores dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud, ello de conformidad con el artículo 10-A de la Ley de Inversión Extranjera.

3.3.2.2 Las Reservadas Exclusivamente al Estado.

La Ley de Inversión Extranjera en éste apartado limita la participación de la inversión privada, tanto nacional como extranjera. Las actividades que se reserva el Estado constituyen la infraestructura básica para el desarrollo de la economía nacional, a tal punto que queda prohibido a nacionales mexicanos su participación, ya que es en beneficio social, tal y como lo refiere Ignacio Gómez Palacio.

Así el artículo 5 de la Ley de Inversión Extranjera establece cuales son esas actividades:

“Artículo 5.- Están reservadas de manera exclusiva al Estado las funciones que determinen las leyes en las siguientes áreas estratégicas:

I.- Petróleo y demás hidrocarburos;

II.- Petroquímica básica;

III.- Electricidad;

IV.- Generación de energía nuclear;

V.- Minerales radioactivos;

VI.- (Derogada mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación - D.O.F.- del 7 de junio de 1995);

VII.- Telégrafos;

VIII.- Radiotelegrafía;

IX.- Correos;

X.- (Derogada mediante Decreto publicado en el D.O.F. del 12 de mayo de 1995);

XI.- Emisión de billetes;

XII.- Acuñación de moneda;

XIII.- Control, supervisión y vigilancia de puertos, aeropuertos y helipuertos; y

XIV.- Las demás que expresamente señalen las disposiciones legales aplicables.”

Ahora daremos una breve explicación sobre la regulación jurídica de algunas de éstas áreas.

a) Petróleo, demás hidrocarburos y petroquímica básica

El ya citado artículo 27 constitucional en su párrafo sexto preceptúa que: *...Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos o minerales radiactivos, no se otorgarán garantías ni contratos, ni subsistirán los que en su caso, se hayan otorgado y la Nación llevará a cabo la explotación de los productos, en los términos que señale la ley reglamentaria respectiva. ...*

Dicho precepto en efecto concede al Estado la facultad exclusiva de explotar el petróleo y los hidrocarburos, en tanto que para su regulación específica se tuvo a bien dictar la Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, publicada en el D.O.F. del 29 de noviembre de 1958, cuyo artículo 1º preceptúa que: *Corresponde a la Nación el dominio directo, inalienable e imprescriptible de todos los carburos de hidrógeno que se encuentren en el territorio nacional -incluida la plataforma continental- en mantos o yacimientos, cualquiera que sea su estado físico, incluyendo los estados intermedios, y que componen el aceite mineral crudo, lo acompañen o se derivan de él.*

En este sentido el propio artículo 3 de dicha ley reglamentaria nos da un listado de que áreas están dentro de la industria petrolera y sobre las cuales el Estado podrá explotarlas:

“Artículo 3.- La industria petrolera abarca:

I. La exploración, la explotación, la refinación, el transporte, el almacenamiento, la distribución y las ventas de primera mano del petróleo y los productos que se obtengan de su refinación;

II. La exploración, la explotación, la elaboración y las ventas de primera mano del gas, así como el transporte y el almacenamiento indispensables y necesarios para interconectar su explotación y elaboración, y

III. La elaboración, el transporte, el almacenamiento, la distribución y las ventas de primera mano de aquellos derivados del petróleo y del gas que sean susceptibles de servir como materias primas industriales básicas y que constituyen petroquímicos básicos, que a continuación se enumeran:

1.- Etano;

2.- Propano;

3.- Butanos;

4.- Pentanos;

5.- Hexano;

6.- Heptano;

7.- Materia prima para negro de humo;

8.- Naftas; y

9.- Metano, cuando provenga de carburos de hidrógeno, obtenidos de yacimientos ubicados en el territorio nacional y se utilice como materia prima en procesos industriales petroquímicos.”

Las anteriores disposiciones que citamos en efecto precisan específicamente que incluye la explotación en materia de petróleo e hidrocarburos de explotación exclusiva del Estado, para cuya tarea el Estado ha creado a una institución pública, cuya naturaleza está bien delimitada de acuerdo con el artículo 2 de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y organismos subsidiarios, el cual preceptúa que: “Petróleos Mexicanos, creado por Decreto del 7 de junio de 1938, es un organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, con domicilio en la ciudad de México, Distrito Federal, que tiene por objeto, conforme a lo dispuesto en esta Ley, ejercer la conducción central y la dirección estratégica de todas las actividades que abarca la industria petrolera estatal en los términos de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el ramo del petróleo”.

Así mismo el artículo 1 de dicha ley establece que: “El Estado realizará las actividades que le corresponden en exclusiva en las áreas estratégicas del petróleo, demás hidrocarburos y petroquímica básica, por conducto de Petróleos Mexicanos y de los organismos descentralizados subsidiarios en los términos que esta Ley establece, y de acuerdo con la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo y sus reglamentos”.

Tales disposiciones constituyen la base fundamental de acción y funcionamiento de Petróleos Mexicanos.

b) Electricidad

Por decreto de 23 de diciembre de 1969, se adicionó el párrafo sexto del artículo 27 Constitucional, a efecto de fijar constitucionalmente el derecho exclusivo de la Nación de generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de un servicio público.

c) Generación de energía nuclear y minerales radioactivos

Tal actividad esta regulada por la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia Nuclear, cuya ley regula la exploración, la explotación y el beneficio de minerales radiactivos, así como el aprovechamiento de los combustibles nucleares, los usos de la energía nuclear, la investigación de la ciencia y técnicas nucleares, la industria nuclear y todo lo relacionado con la misma.

Así mismo y en lo que respecta a la generación de electricidad a partir del uso de combustibles nucleares se llevará a cabo en forma exclusiva por la Comisión Federal de Electricidad.¹²⁵

Por lo que toca a los minerales radioactivos, su exploración estará a cargo exclusivo y directo del organismo público federal descentralizado denominado

¹²⁵ Artículo 15 de la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en materia nuclear.

Consejo de Recursos Minerales, tanto en terrenos libres como no libres. Esta actividad se ajustará al programa y condiciones técnicas que determine la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal, la cual asignará al Organismo mencionado los lotes que se requieran, para la prospección y exploración de dichos minerales.¹²⁶

d) Telégrafos, radiotelegrafía y correos

El artículo 28 constitucional preceptúa que: “En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios...no constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía...”

El artículo 11 de la Ley de Vías Generales de Comunicación (LVGC), señala que queda reservada exclusivamente al Gobierno Federal la prestación de los servicios públicos de los sistemas telegráficos y radiotelegráficos.

La prestación de los servicios públicos de telégrafos, radiotelegráficos y de correos, queda reservada exclusivamente al Gobierno Federal o a los organismos descentralizados que se establezca para dicho fin, así como el establecimiento de los sistemas de satélites, su operación y control, la prestación del servicio público de conducción de señales por satélite; así como las estaciones terrenas con enlaces internacionales para comunicación vía satélite.

La Secretaría de Comunicaciones y Transportes será la encargada de la instalación, operación y control de estaciones terrenas, de conformidad con la LVGC y las disposiciones que de ella deriven.

Por lo que respecta al otorgamiento de concesiones para la construcción, establecimiento o explotación de vías generales de comunicación, el “artículo 12 señala que estas serán concedidas sólo a ciudadanos mexicanos o a sociedades constituidas conforme a las leyes del país, sin embargo permite la participación de los extranjeros (considerados como nacionales en dicha concesión) siempre y cuando se abstengan de invocar la protección de sus gobiernos, bajo pena de perder, si lo hicieren, en beneficio de la Nación, todos los bienes que hubieren adquirido para construir, establecer o explotar la vía de comunicación, así como los demás derechos que les otorgue la concesión”, la autorización de dicha concesión, será otorgada por el Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

Por otro lado y con el fin de promover la difusión de la cultura (en el primer caso) la propia ley señala en su artículo 9 que las estaciones radiodifusoras culturales,¹²⁷ las de experimentación científica y las de aficionados, así como las

¹²⁶ *Ídem, artículo 9.*

¹²⁷ *Caso Canal 22 y TV UNAM.*

embarcaciones que presten servicio público de cabotaje o de navegación interior. Cuando por su importancia sea conveniente el otorgamiento de concesiones, a juicio de la Secretaría de Comunicaciones, se dará preferencia a los permisionarios que desempeñen el servicio; quienes estarán exentos de concesión y sólo requerirán permiso de la Secretaría de Comunicaciones.

e) Emisión de billetes y acuñación de moneda;

En la misma forma el artículo 28 constitucional prevé los monopolios de acuñación de moneda y emisión de billetes, ya que de acuerdo con el artículo 3 de la Ley Orgánica del Banco de México, dicha función corresponde al Banco de México.

3.3.2.3 Las Reservadas a mexicanos o a Sociedades Mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros.

Si bien, existen actividades que no revisten como propósito fundamental el beneficio social, en razón de su importancia para la economía nacional, no se ha considerado deseable la participación en dichas actividades de inversionistas extranjeros, por lo que se han reservado de manera exclusiva al inversionista mexicano.

En éste sentido la Ley de Inversión Extranjera, ha comprendido dentro de su capitulo un artículo que menciona enunciativamente, cuales son las actividades en las cuales podrán invertir las personas mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, es así que a continuación citamos el artículo 6º:

“Artículo 6.- Las actividades económicas y sociedades que se mencionan a continuación, están reservadas de manera exclusiva a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros:

I.- Transporte terrestre nacional de pasajeros, turismo y carga, sin incluir los servicios de mensajería y paquetería;

II.- Comercio al por menor de gasolina y distribución de gas licuado de petróleo;

III.- Servicios de radiodifusión y otros de radio y televisión, distintos de televisión por cable;

IV.- Uniones de crédito;

V.- Instituciones de banca de desarrollo, en los términos de la ley de la materia; y

VI.- La prestación de los servicios profesionales y técnicos que expresamente señalen las disposiciones legales aplicables.

La inversión extranjera no podrá participar en las actividades y sociedades mencionadas en el presente artículo directamente, ni a través de fideicomisos, convenios, pactos sociales o estatutarios, esquemas de piramidación, u otro mecanismo que les otorgue control o participación alguna, salvo por lo dispuesto en el Título Quinto de esta Ley. “

Así es que podemos observar que la ley prohíbe cualquier tipo de acto jurídico por medio del cual se trate de evadir ésta disposición.

3.3.2.4 Porcentajes de participación.

Ahora nos corresponde hacer mención de cuales son las áreas en las cuales la inversión extranjera directa está limitada por un porcentaje de participación, ya que en los que no exista disposición legal que así lo establezca, la inversión extranjera podrá participar más allá del 49%, siempre y cuando obtenga autorización de la Comisión Nacional de Inversión Extranjera.

Así, el artículo 7º de la Ley de Inversión de Extranjera, de manera expresa establece un catálogo al cual debe someterse la inversión extranjera directa para el caso de querer participar en estas áreas.

“Artículo 7.- En las actividades económicas y sociedades que se mencionan a continuación la inversión extranjera podrá participar en los porcentajes siguientes:

I.- Hasta el 10% en: Sociedades cooperativas de producción;

II.- Hasta el 25% en: a) Transporte aéreo nacional; b) Transporte en aerotaxi; y c) Transporte aéreo especializado;

III.- Hasta el 49% en:

e) Instituciones de seguros;

f) Instituciones de fianzas;

g) Casas de cambio;

h) Almacenes generales de depósito;

i) Arrendadoras financieras;

j) Empresas de factoraje financiero;

k) Sociedades financieras de objeto limitado;

l) Sociedades a las que se refiere el artículo 12 bis de la Ley del Mercado de Valores;

o) Administradoras de fondos para el retiro;

p) Fabricación y comercialización de explosivos, armas de fuego, cartuchos, municiones y fuegos artificiales, sin incluir la adquisición y utilización de explosivos para actividades industriales y extractivas, ni la elaboración de mezclas explosivas para el consumo de dichas actividades;

q) Impresión y publicación de periódicos para circulación exclusiva en territorio nacional;

r) Acciones serie "T" de sociedades que tengan en propiedad tierras agrícolas, ganaderas y forestales;

s) Pesca en agua dulce, costera y en la zona económica exclusiva, sin incluir acuicultura;

t) Administración portuaria integral;

u) Servicios portuarios de pilotaje a las embarcaciones para realizar operaciones de navegación interior, en los términos de la ley de la materia;

v) Sociedades navieras dedicadas a la explotación comercial de embarcaciones para la navegación interior y de cabotaje, con excepción de cruceros turísticos y la

explotación de dragas y artefactos navales para la construcción, conservación y operación portuaria;

w) Suministro de combustibles y lubricantes para embarcaciones y aeronaves y equipo ferroviario, y

x) Sociedades concesionarias en los términos de los artículos 11 y 12 de la Ley Federal de Telecomunicaciones;¹²⁸

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 piramidación, o cualquier otro mecanismo que otorgue control o una participación mayor a la que se establece, salvo por lo dispuesto por el Título Quinto de esta Ley.”

Como ya mencionamos, sólo en el caso de ausencia de disposición alguna que limite o prohíba la inversión extranjera podrá participar en un porcentaje mayor al establecido en la ley, de acuerdo con el artículo 4º de la propia Ley de Inversión Extranjera, el cual nos señala lo siguiente:

“Artículo 4.- La inversión extranjera podrá participar en cualquier proporción en el capital social de sociedades mexicanas, adquirir activos fijos, ingresar a nuevos campos de actividad económica o fabricar nuevas líneas de productos, abrir y operar establecimientos, y ampliar o relocalizar los ya existentes, salvo por lo dispuesto en esta Ley.

Las reglas sobre la participación de la inversión extranjera en las actividades del sector financiero contempladas en esta Ley, se aplicarán sin perjuicio de lo que establezcan las leyes específicas para esas actividades.

Para efectos de determinar el porcentaje de inversión extranjera en las actividades económicas sujetas a límites máximos de participación, no se computará la inversión extranjera que, de manera indirecta, sea realizada en dichas actividades a través de sociedades mexicanas con mayoría de capital mexicano, siempre que estas últimas no se encuentren controladas por la inversión extranjera.”

En tanto que siempre se puede prestar a abuso e incumplimiento las disposiciones legales, la propia ley tiene un carácter de ley perfecta dado que tiene en ella misma un sistema de sanciones, para el caso de que se violenten dichas disposiciones, así en el Título Octavo de la ley, sanciona el descatamiento a estas disposiciones con las siguientes sanciones:

- 1. La Secretaría podrá revocar las autorizaciones otorgadas, por celebrar actos, convenios o pactos sociales y estatutarios declarados**

¹²⁸ Artículo 11. Se requiere concesión de la Secretaría para:

I. Usar, aprovechar o explotar una banda de frecuencias en el territorio nacional, salvo el espectro de uso libre y el de uso oficial;

II. Instalar, operar o explotar redes públicas de telecomunicaciones;

III. Ocupar posiciones orbitales geoestacionarias y órbitas satelitales asignadas al país, y explotar sus respectivas bandas de frecuencias, y

IV. Explotar los derechos de emisión y recepción de señales de bandas de frecuencias asociadas a sistemas satelitales extranjeros que cubran y puedan prestar servicios en el territorio nacional.

nulos por la Secretaría, por ser contrarios a lo establecido en esta Ley y no surtirán efectos legales entre las partes ni se podrán hacer valer ante terceros.

2. En caso de que la inversión extranjera lleve a cabo actividades, adquisiciones o cualquier otro acto que para su realización requiera resolución favorable de la Comisión, sin que ésta se haya obtenido previamente, se impondrá multa de mil a cinco mil salarios.
3. En caso de que personas morales extranjeras realicen habitualmente actos de comercio en la República Mexicana, sin haber obtenido previamente la autorización de la Secretaría, se impondrá multa de quinientos a mil salarios.
4. En caso de omisión, cumplimiento extemporáneo, presentación de información incompleta o incorrecta respecto de las obligaciones de inscripción, reporte o aviso al Registro por parte de los sujetos obligados, se impondrá multa de treinta a cien salarios.
5. En caso de simulación de actos con el propósito de permitir el goce o la disposición de bienes inmuebles en la zona restringida a personas físicas o morales extranjeras o a sociedades mexicanas que no tengan cláusula de exclusión de extranjeros, se sancionará al infractor con multa hasta por el importe de la operación.
6. En caso de las demás infracciones a esta Ley o a sus disposiciones reglamentarias, se impondrá multa de cien a mil salarios.

Así mismo se establece que no se limita la responsabilidad del infractor ya que si su conducta es punible por otros medios legales será juzgada también en aquellos tribunales, que en su caso les corresponda conocer.

Se contempla que no sólo los sujetos de la inversión extranjera son objeto de las sanciones, sino también como en el caso de los fedatarios públicos que participen de manera activa en la realización de documentos de está serán sancionado cuando **autoricen instrumentos en los que no se relacionen tales autorizaciones se harán acreedores a las sanciones que determinen las leyes del notariado correspondientes y la Ley Federal de Correduría Pública.**

3.3.3 Régimen Fiscal

Por lo que respecta al tratamiento jurídico en ésta materia es fundamental subrayar que en nuestro régimen fiscal existe una igualdad de todas las personas físicas y morales en cuanto a cargas y excepciones tributarias, sin distinción de nacionalidad, siempre y cuando su situación jurídica encuadre en la hipótesis normativa que regule el gravamen respectivo.

3.3.3.1 Impuesto Sobre la Renta.

Por lo que respecta al objeto del impuesto va a considerarse:

1. Los ingresos atribuibles a un establecimiento permanente en el país;
2. Los provenientes de la actividad empresarial que desarrolle o los ingresos por honorarios;
3. En general por la prestación de un servicio personal independiente; y
4. Los que deriven de enajenaciones de mercancías o de bienes inmuebles en territorio nacional, efectuados por la oficina central de la persona, por otro establecimiento de ésta o directamente por el residente en el extranjero, según sea el caso.

Sobre dichos ingresos se deberá pagar el impuesto con una tasa de 30%.

También se consideran ingresos atribuibles a un establecimiento permanente en el país, los que obtenga la oficina central de la sociedad o cualquiera de sus establecimientos en el extranjero, en la proporción en que dicho establecimiento permanente haya participado en las erogaciones incurridas para su obtención.

Los beneficios de los tratados para evitar la doble tributación sólo serán aplicables a los contribuyentes que acrediten ser residentes en el país de que se trate y cumplan con las disposiciones del propio tratado y de las demás disposiciones de procedimiento contenidas en esta Ley, incluyendo las obligaciones de registro, de presentar dictámenes y de designar representante legal. En los casos en que los tratados para evitar la doble tributación establezcan tasas de retención inferiores a las señaladas en esta Ley, las tasas establecidas en dichos tratados se podrán aplicar directamente por el retenedor; en el caso de que el retenedor aplique tasas mayores a las señaladas en los tratados, el residente en el extranjero tendrá derecho a solicitar la devolución por la diferencia que corresponda.

Las constancias que expidan las autoridades extranjeras para acreditar la residencia surtirán efectos sin necesidad de legalización y solamente será necesario exhibir traducción autorizada cuando las autoridades fiscales así lo requieran.

La tasa en 2005 es de 30%, sin embargo, se tiene proyectado que para mejorar la competitividad de las empresas mexicanas, atraer inversión extranjera y reducir precios de las mercancías exportadas, se disminuirá paulatinamente la tasa del impuesto sobre la renta aplicable a las personas morales hasta quedar en una tasa de 28%. Para ello, a partir del ejercicio de 2005 la tasa aplicable que es de 30%, en el ejercicio de 2006 será de 29%, y a partir de 2007 la tasa quedará en 28%, sin embargo la solución al problema de la atracción de inversiones no es el hecho de reducirlo hasta el 28%, sino se trata de conceder

ciertas ventajas a aquellas empresas mexicanas que para crecer requieren de inversión extranjera y que para ello necesitan verse eximidas del impuesto por determinado tiempo o en su caso para no mermar su crecimiento paguen el impuesto pero en condiciones más flexibles.

Con esta medida, los inversionistas mexicanos y extranjeros, al planear sus inversiones en México, podrán construir un círculo virtuoso de mayor ahorro e inversión, y con ello generar más empleos y mejor remunerados, con los beneficios que implica, pues su efecto multiplicador permitirá aumentar la recaudación, compensando el efecto de la disminución del gravamen.

En las reformas que sufrió la Ley del ISR en 2005, están la disminución de la PTU en la utilidad fiscal, los contribuyentes del ISR empresarial podrán disminuir de su utilidad fiscal el monto correspondiente a la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas (PTU) generadas a partir de 2005. Esta medida, conjuntamente con el establecimiento de la tasa de 30%, hará que el país sea más atractivo para los inversionistas nacionales y extranjeros.

Con el fin de no afectar el monto que corresponda por esta prestación a los trabajadores, se establece que no se deberá disminuir de la renta gravable que sirve de base para el cálculo de la participación de utilidades, la cantidad que por este concepto paguen los contribuyentes a sus trabajadores en el ejercicio.

3.3.3.2 Impuesto al Activo

Como ya comentamos, ésta ley se aplica de manera igual a todos los sujetos que se coloquen en la hipótesis normativa.

Los sujetos y el objeto a gravar de éste impuesto son:

1. Las personas físicas que realicen actividades empresariales.
2. Las personas morales, residentes en México, por el activo que tengan, cualquiera que sea su ubicación.
3. Las residentes en el extranjero que tengan un establecimiento permanente en el país, por el activo atribuible a dicho establecimiento.
4. Las personas, que otorguen el uso o goce temporal de bienes, que se utilicen en la actividad de otro contribuyente, únicamente por esos bienes.
5. Los residentes en el extranjero por los inventarios que mantengan en territorio nacional para ser transformados o que ya hubieran sido transformados por algún contribuyente de este impuesto.
6. Las empresas que componen el sistema financiero están obligadas al pago del impuesto por su activo no afecto a su intermediación financiera.

La tasa que se aplicara será del 1.8% que se determinará por ejercicios fiscales aplicando al valor de su activo en el ejercicio, la tasa del 1.8%. El valor del activo en el ejercicio se calculará sumando los promedios mensuales de los activos del ejercicio, los cuales se obtendrán al sumar el activo de inicio más el activo final.

Después de haber dado una panorámica de la legislación mexicana en materia de inversión extranjera, cabe señalar cual ha sido la postura de los inversionistas extranjeros para invertir en el país y cuales han sido las áreas que de su preferencia en los años de 2000 a 2005, lo cual se ve reflejado en las siguientes estadísticas:

INVERSION EXTRANJERA DIRECTA EN MEXICO ^{1/}
- millones de dólares -

	2000	2001	2002	2003	2004	2005		Acum. 1994-2005 ^{2/}	
						Ene.-Dic.		Valor	Part. %
						Valor	Part. % ^{4/}		
						Valor	%		
TOTAL	17.225,8	27.485,1	17.299,8	12.945,9	18.244,4	17.804,6	100,0	185.867,2	100,0
Nuevas inversiones	7.650,2	20.614,1	10.319,9	4.656,2	9.447,1	9.633,6	54,1	108.183,7	58,2
Notificadas al RNIE	7.650,2	20.614,1	10.319,9	4.656,2	9.447,1	2.922,3	16,4	101.472,4	54,6
Estimadas ^{3/}						6.711,3	37,7	6.711,3	3,6
Reinversión de utilidades	3.834,3	3.843,1	2.083,2	2.062,7	2.323,1	2.806,3	15,8	30.815,8	16,6
Notificadas al RNIE	3.834,3	3.843,1	2.083,2	2.062,7	2.323,1	2.806,3	15,8	19.273,5	10,4
Estimadas ^{3/}								11.542,3	6,2
Cuentas entre compañías	2.758,3	855,7	2.853,2	4.265,9	3.999,7	2.543,0	14,3	22.165,3	11,9
Notificadas al RNIE	2.758,3	855,7	2.853,2	4.265,9	3.999,7	2.543,0	14,3	19.664,5	10,6
Estimadas ^{3/}								2.500,8	1,3
Importaciones de activo fijo realizadas por empresas maquiladoras con inversión extranjera	2.983,0	2.172,2	2.043,5	1.961,1	2.474,5	2.821,7	15,8	24.702,4	13,3

INVERSION EXTRANJERA DIRECTA REALIZADA
POR PAISES Y AREAS ECONOMICAS ^{1/}

- millones de dólares -

PAISES Y AREAS	2000	2001	2002	2003	2004	2005		Acum. 1994-2005 ^{2/}	
						Ene.-Dic.		Valor	Part. %
						Valor	Part. % ^{3/}		
TOTAL	17.225,8	27.485,1	17.299,8	12.945,9	18.244,4	11.093,3	100,0	165.112,8	100,0
América del Norte	12.938,6	22.432,6	11.568,8	7.471,7	8.146,6	7.678,0	69,2	108.631,5	65,8
Canadá	679,7	989,9	197,0	242,5	446,3	48,2	0,4	5.136,3	3,1
Estados Unidos	12.258,9	21.442,7	11.371,8	7.229,2	7.700,3	7.629,8	68,8	103.495,2	62,7
Unión Europea	3.092,6	4.181,8	4.520,5	4.649,1	8.345,4	2.899,5	26,1	41.681,0	25,2
Alemania	347,8	-117,2	588,4	449,1	386,3	172,9	1,6	4.260,6	2,6
Austria	1,8	15,8	0,7	-5,9	1,0	0,0	0,0	24,3	0,0
Bélgica	39,6	71,3	108,5	80,1	41,5	38,6	0,3	539,1	0,3
Dinamarca	203,2	250,4	163,8	181,7	154,9	35,3	0,3	1.306,5	0,8
España	2.106,0	761,8	713,7	1.774,2	6.875,2	1.121,5	10,1	15.341,6	9,3
Finlandia	219,1	83,7	24,9	120,3	-50,1	17,9	0,2	451,2	0,3
Francia	-2.483,0	392,6	349,5	522,3	145,2	217,2	2,0	-160,1	-0,1
Grecia	0,0	0,0	0,1	0,0	0,0	0,0	0,0	0,3	0,0
Holanda	2.584,2	2.589,5	1.162,1	483,7	422,2	1.044,9	9,4	12.788,9	7,7
Irlanda	4,9	6,2	114,8	3,2	1,1	4,8	0,0	171,7	0,1
Italia	35,7	17,6	37,6	3,3	166,3	14,8	0,1	388,9	0,2
Luxemburgo	34,7	122,6	48,2	21,2	15,1	143,0	1,3	432,2	0,3
Portugal	-0,2	0,2	11,5	0,5	0,0	0,4	0,0	21,1	0,0
Reino Unido	279,9	126,3	1.243,0	1.056,4	118,5	68,9	0,6	5.610,2	3,4
Suecia	-281,1	-139,0	-46,3	-41,0	68,2	19,3	0,2	504,5	0,3
Países seleccionados	1.066,1	774,9	856,5	736,1	1.619,7	388,1	3,5	13.462,0	8,2
Antillas Holandesas	67,2	37,2	40,2	48,9	-42,3	0,0	0,0	783,7	0,5
Bahamas	10,8	121,9	3,3	1,9	43,2	39,1	0,4	436,5	0,3
Bermudas	46,1	33,2	2,5	7,0	15,6	2,3	0,0	268,4	0,2
Islas Caimán	84,1	76,8	49,1	103,0	13,5	13,8	0,1	1.034,9	0,6
Corea del Sur	30,3	44,3	31,5	37,1	33,2	48,7	0,4	727,8	0,4
Chile	4,5	4,7	32,0	16,9	3,1	4,5	0,0	136,9	0,1
China	10,7	2,4	-1,8	15,6	11,8	4,2	0,0	81,2	0,0
Filipinas	0,1	0,1	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,6	0,0
India	27,6	4,2	0,3	0,0	1,4	1,9	0,0	1.619,1	1,0
Japón	417,2	184,9	159,1	125,3	363,1	64,3	0,6	3.930,7	2,4
Panamá	7,9	68,7	13,0	8,2	-7,9	22,5	0,2	552,0	0,3
Singapur	80,9	250,0	55,7	18,4	29,8	34,3	0,3	639,4	0,4
Suiza	151,5	-176,7	461,7	314,8	1.092,9	120,8	1,1	2.502,4	1,5
Taiwán	11,5	41,0	14,0	14,6	8,0	5,4	0,0	161,6	0,1
Uruguay	35,1	-6,7	-20,1	6,5	17,2	17,4	0,2	104,7	0,1
Islas Vírgenes	80,6	88,9	16,0	17,9	37,1	8,9	0,1	482,1	0,3
Otros Países	128,5	95,8	354,0	89,0	132,7	127,7	1,2	1.338,3	0,8

**INVERSION EXTRANJERA DIRECTA REALIZADA
POR SECTOR ECONOMICO ^{1/}**

- millones de dólares -

SECTORES	2000	2001	2002	2003	2004	2005		Acum. 1994-2005 ^{2/}	
						Ene.-Dic.		Valor	Part. %
						Valor	Part. % ^{5/}		
						Valor	Part. %	Valor	Part. %
TOTAL	17.225,8	27.485,1	17.299,8	12.945,9	18.244,4	11.093,3	100,0	165.112,8	100,0
Agropecuario	91,6	64,7	92,6	10,6	14,8	3,5	0,0	454,7	0,3
Extractivo	175,2	25,0	227,5	75,8	148,3	-15,6	-0,1	1.205,0	0,7
Industria									
Manufacturera	9.656,7	5.864,3	6.904,6	5.539,7	9.042,4	6.403,3	57,7	80.794,1	48,9
RNIE	6.673,7	3.692,1	4.861,1	3.578,6	6.567,9	3.581,6	32,3	56.091,7	34,0
Importaciones de activo fijo realizadas por empresas maquiladoras con inversión extranjera	2.983,0	2.172,2	2.043,5	1.961,1	2.474,5	2.821,7	25,4	24.702,4	15,0
Electricidad y agua	134,0	333,4	398,8	323,2	198,3	219,1	2,0	1.805,8	1,1
Construcción	172,1	107,9	347,7	79,8	149,8	191,0	1,7	1.721,5	1,0
Comercio	2.415,6	2.225,3	1.679,4	1.332,2	1.152,4	1.966,7	17,7	18.036,9	10,9
Transp. y Comunic.	-2.158,8	2.778,1	813,1	1.627,6	1.254,1	1.094,2	9,9	8.782,4	5,3
Servicios Financieros ^{3/}	4.781,2	14.427,4	5.672,8	2.272,4	5.387,6	326,9	2,9	38.691,2	23,4
Otros Servicios ^{4/}	1.958,2	1.659,0	1.163,3	1.684,6	896,7	904,2	8,2	13.621,2	8,2

3.4 CANADÁ

La inversión extranjera en Canadá, ¹²⁹ se encuentra regulada bajo la Ley de Inversiones de Canadá, ¹³⁰ la única ley nacional de aplicación general en ésta materia, además de esta ley, existen varias leyes federales y provinciales que se aplican a determinados sectores de la industria. A nivel federal, verbigracia, existen la Ley de Bancos, la Ley Nacional de Transporte, la Ley de Radiodifusión e inclusive la Ley de Sociedades Comerciales de Canadá que norma las cuestiones relacionadas con la administración y el capital en las empresas constituidas de acuerdo con las leyes federales del país.

¹²⁹ Canadá» comprende el mar territorial de Canadá, en términos de la ley sobre el mar territorial y el subsuelo marino, que corresponda a las otras zonas del mar territorial sobre las que Canadá pretenda tener jurisdicción. Artículo 3 de la Ley de inversiones de Canadá.

¹³⁰ Sancionada el 20 de junio de 1985.

No obstante, y en virtud de ser Canadá parte en varios tratados internacionales, está a obligaciones multilaterales como lo es en el marco de la OCDE, de la OMC y del TLCAN; tratado regional celebrado con México y EE.UU., en donde se prevé un capítulo especial sobre las inversiones (capítulo XI del TLCAN), tanto en su acceso y protección.

En éste sentido y más estrictamente en el tratamiento interno que da Canadá a las inversiones extranjeras, utiliza diversos criterios, uno de ellos es el que se refiere a la realización de nuevas inversiones en Canadá por parte de un inversionista que efectúe su primera inversión en el país o el establecimiento de nuevas actividades por parte de un inversionista habitual cuando estas nuevas actividades no se relacionan con actividades que ya realiza, deben de sujetarse las inversiones a un procedimiento directo de notificación, pues en general las inversiones no están sujetas a revisión en el marco de la ley, salvo los casos especiales.

Inversiones sujetas a proceso de revisión

En el caso de que el inversionista extranjero pertenezca a un país miembro de la Organización Mundial de Comercio (OMC), y su inversión consista en la adquisición directa del control de una empresa canadiense con activos iguales o superiores a C\$160 millones de dólares canadienses constituirá una transacción sujeta a revisión. Esta cifra se ajusta anualmente para reflejar el crecimiento económico en Canadá.

Cuando el inversionista extranjero perteneciente a un país no miembro de la OMC, pretenda una adquisición directa de control de una empresa canadiense con activos igual o superiores a los C\$5 millones de dólares, estará sujeta a revisión, por otra parte si la inversión consiste en la adquisición indirecta de control de una empresa canadiense que posea activos igual o superiores a los C\$50 millones de dólares, también se someterá a revisión; los montos de revisión son fijos.¹³¹

Si la adquisición de la empresa canadiense en la cual desea participar el inversionista extranjero pertenece a uno de los siguientes cuatro sectores (industrias culturales, servicios financieros, servicios de transporte y producción de uranio) su inversión estará sujeta a revisión, si el gobierno así lo decide.

Las inversiones sujetas a revisión pueden continuar sus actividades si éstas representaran un "beneficio neto" para Canadá. Desde que se estableció el sistema de revisión de acuerdo con la Ley, ninguna inversión sujeta a revisión ha sido denegada.

Notificación de la inversión.

Los inversionistas de países miembros de la OMC que, adquieren directamente una empresa canadiense con activos de menos de C\$160 millones de dólares y los inversionistas que no pertenecen a la OMC que adquieren

¹³¹ Artículo 14 (3-4) de la Ley de Inversiones de Canadá.

directamente una empresa canadiense con activos de menos de C\$5 millones de dólares, deben notificarlo a las Industria Canadiense, aun cuando estas inversiones no están sujetas a revisión. Todas las adquisiciones indirectas de inversionistas de la OMC son notificables, así como las adquisiciones indirectas por parte de inversionistas que no pertenecen a la OMC, cuando los activos canadienses a adquirirse sean inferiores a C\$50 millones de dólares.

También es notificable, el establecimiento de nuevas actividades en Canadá por parte de un inversionista que efectúa su primera inversión en Canadá o el establecimiento de nuevas actividades por parte de un inversionista existente cuando dichas nuevas actividades no estén relacionadas con cualquier actividad existente en Canadá. En estos casos, el inversionista debe notificar a la Industria Canadiense y proporcionar algunos detalles de la inversión.

Examen de la inversión

Si una inversión está sujeta a revisión, la solicitud de revisión debe por lo general presentarse antes de que se produzca la inversión. Normalmente, la inversión no puede llevarse a cabo hasta que se haya completado esta revisión. Existen, sin embargo, ciertas excepciones. Las solicitudes relacionadas con adquisiciones indirectas pueden presentarse hasta treinta días después de haberse llevado a cabo la inversión.¹³²

Plazos

Para asegurar la pronta revisión y decisión en las inversiones, la Ley canadiense establece ciertos plazos al Ministro competente. Así, dentro de los cuarenta y cinco días posteriores a la recepción de la aplicación completa, el inversionista debe ser notificado de que el Ministro 1) está satisfecho de que la inversión probablemente produzca un beneficio neto a Canadá; o 2) no puede completar la revisión, en cuyo caso serán necesarios treinta días adicionales para su cumplimiento (a menos que el solicitante convenga un plazo mayor); o 3) no está satisfecho de que la inversión probablemente represente un beneficio neto para Canadá.

Si ya hubiesen transcurrido cuarenta y cinco días desde la fecha de cumplimiento sin que hubiera tal notificación, o si hubieran transcurrido treinta días adicionales (o un número mayor de días convenido) después de la notificación de que el ministro no puede completar la revisión y no se hubiese tomado ninguna decisión, se considerará que el ministro está satisfecho y que la inversión probablemente representa un beneficio neto para Canadá. El período promedio de tiempo para procesar una solicitud de inversión es de alrededor de cuarenta días.¹³³

Cuando se le ha avisado al inversionista de que el ministro no está satisfecho de que la inversión probablemente represente un beneficio neto para Canadá, el solicitante tiene el derecho de efectuar una petición y presentarla dentro de los treinta días de la fecha de la notificación (o cualquier otro período

¹³² Artículo 12 de la Ley.

¹³³ Artículo 21 de la Ley de inversiones de Canadá.

convenido entre el solicitante y el ministro).¹³⁴ A la expiración de dicho plazo de treinta días (o de la extensión acordada) el solicitante debe ser notificado de que el ministro 1) está satisfecho de que la inversión probablemente represente un beneficio neto a Canadá, o 2) confirma que la inversión probablemente no represente un beneficio neto para Canadá. En este último caso, el solicitante no puede realizar la inversión o, si ésta ya ha sido llevada a cabo, debe renunciar al control de la empresa canadiense.

Pasando a otro rubro, tenemos que, por lo que respecta al concepto de "inversionista", la ley lo conceptúa como el individuo, persona moral, gobierno, organismo o entidad que no son canadienses, y en consecuencia, deben comprenderse en la definición de "canadiense" para poder identificar a un no canadiense. Se define a un "canadiense" como: 1) un ciudadano canadiense (ya sea que resida o no en Canadá) o un residente permanente que cumple ciertas condiciones; 2) un gobierno canadiense (federal, provincial o local) o uno de sus organismos; o 3) una entidad controlada por canadienses.¹³⁵

Y para delimitar aún más los conceptos, la propia ley entiende por "entidad": 1) una sociedad que es una persona jurídica, con o sin capital accionario; 2) una sociedad de personas; 3) un fideicomiso; o 4) una empresa conjunta, que es una asociación de dos o más personas o entidades, cuya relación no puede considerarse una sociedad, una sociedad de personas o un fideicomiso, y en la que, cuando se aplica la ley, todo el interés propietario indiviso en los activos del negocio canadiense o en el derecho de votación de la entidad objeto de la inversión es, o será, de propiedad de la empresa conjunta (empresas de co-inversión o *equity joint venture*).

Así mismo el término "empresa" se define como: "cualquier empresa o emprendimiento capaz de generar ingresos y que se lleva a cabo con fines de lucro". Una "empresa canadiense" se define como una que lleva a cabo sus actividades en Canadá y que: 1) tiene domicilio en Canadá; 2) tiene en Canadá por lo menos una persona empleada o que trabaja por cuenta propia en conexión con esa empresa; y 3) posee activos en Canadá que se utilizan para llevar a cabo esas actividades.

Para que se aplique la Ley de Inversiones de Canadá con respecto a la revisión de una inversión en una empresa canadiense existente, deben cumplirse varias condiciones. Tres de las más importantes son: 1) que exista una adquisición de control; 2) que la adquisición de control sea de una empresa canadiense; y 3) que dicha adquisición de control sea realizada por una persona no canadiense, puesto que las inversiones efectuadas por canadienses no están sujetas a la ley.

La "adquisición de control" constituye una de las bases más importantes de la Ley de Inversiones de Canadá. La definición del concepto de "adquisición de control" es crucial, e involucra, por parte de una persona no canadiense, la adquisición de activos o acciones u otros derechos de voto, relacionados con una "empresa canadiense" no estarán sujetos a revisión de acuerdo con las normas

¹³⁴ Artículo 22 de la citada ley.

¹³⁵ *Ibidem* Artículo 3.

contenidas en la Ley. El "control" de una empresa canadiense sólo puede adquirirse a través de la adquisición de acciones con derecho a voto, derecho a voto o activos, como sigue:¹³⁶

- Mediante la adquisición de acciones con derecho a voto de una sociedad constituida en Canadá y que lleva a cabo actividades canadienses.
- Mediante la adquisición del derecho a voto en una entidad que lleva a cabo negocios canadienses o a través de la adquisición del derecho a voto en una entidad que controla, directa o indirectamente, a otra entidad que lleva a cabo actividades canadienses cuando no existe adquisición de control de una sociedad.

Si bien la economía canadiense está sujeta a reglamentaciones federales, el principio que rige a la sociedad canadiense es la libertad económica.

Reconociendo que un mayor capital y tecnología beneficiaría a Canadá, la legislación canadiense sobre inversiones tiene por objeto estimular la inversión en Canadá por parte de canadienses y no canadienses que contribuyan al crecimiento económico y a las oportunidades de empleo y contempla la revisión de inversiones significativas en Canadá por parte de no canadienses, con el fin de asegurar tales beneficios para el país.¹³⁷ Además, Canadá, en virtud de sus obligaciones jurídicas internacionales, está comprometido a los principios de tratamiento nacional y de nación más favorecida.

Sectores y actividades limitadas a la inversión.

En Canadá no existen sectores económicos que estén reservados exclusivamente para el Estado, pero existen algunas actividades económicas que son llevadas a cabo por el Estado como parte de la ejecución de la política pública existente. También debe señalarse que la mayor parte de los aspectos de la actividad económica llevada a cabo por Canadá también puede ser llevada a cabo por el sector privado, y que Canadá está reconsiderando activamente su participación en muchas actividades económicas.

¹³⁶ El artículo 10 lo señala interpretándose a contrario sensu.

¹³⁷ Criterios que Canadá toma en cuenta para evaluar el Beneficio Neto:

(a) el efecto de la inversión sobre el nivel y naturaleza de la actividad económica, incluyendo el efecto sobre el empleo, sobre la utilización de partes, componentes y servicios producidos en Canadá, así como sobre las exportaciones de Canadá;

(b) el grado y la importancia de la participación de canadienses en la inversión;

(c) el efecto en la inversión sobre la productividad, eficiencia industrial, desarrollo tecnológico e innovación de productos en Canadá;

(d) el efecto de la inversión sobre la competencia dentro de cualquier industria o industrias en Canadá;

(e) la compatibilidad de la inversión con las políticas industriales, económicas y culturales, habida cuenta de los objetivos de política industrial, económica y cultural del gobierno o legislatura de cualquier provincia, que pudiera verse afectada de manera significativa por la inversión; y

(f) la contribución de la inversión para que Canadá compita en los mercados mundiales.

Las limitaciones a la inversión extranjera que pueden existir son en actividades culturales, servicios financieros, pesca, transporte, telecomunicaciones y extracción de uranio.

En su mayor parte, las restricciones sectoriales canadienses son congruentes con las restricciones sectoriales que existen en otros países. En general, Canadá mantiene su compromiso en favor de una política abierta de inversiones.

Requisitos generales.

1) Directorio o Consejo de Administración

La Ley de Sociedades Comerciales de Canadá requiere que la mayoría absoluta de los miembros del directorio, o de un comité del mismo, en una sociedad constituida de acuerdo con las leyes federales, sean residentes canadienses. "Residente canadiense" significa una persona que es ciudadana del Canadá que reside habitualmente en Canadá, un ciudadano que es miembro de una clase establecida en el Reglamento de la Ley de Sociedades Comerciales de Canadá, o un residente permanente tal como se define en la Ley de Inmigración, a diferencia de alguien que ha sido habitualmente residente de Canadá por más de un año después de haber pasado a ser elegible para solicitar la ciudadanía canadiense.

Requisitos sectoriales.

1) Agricultura.

Los préstamos de la Corporación de Crédito Agrícola sólo pueden ser efectuados a:

a) Personas que sean ciudadanos canadienses o residentes permanentes.

b) Empresas agrícolas controladas por ciudadanos canadienses o residentes permanentes.

c) Asociaciones cooperativas agrícolas, en las cuales la totalidad de los miembros sean ciudadanos canadienses o residentes permanentes.

2) Industrias de servicios comerciales.

Existen requisitos de ciudadanía/residencia para varias industrias de servicios comerciales:

a) Agentes aduanales.

b) Propietarios de negocios de artículos exentos de derechos de aduana (tiendas libres de impuestos).

c) Analistas de propiedad cultural.

3) Cultura.

Las industrias canadienses puede examinar nuevas empresas y adquisiciones de cualquier magnitud en aspectos que involucran el acervo cultural o la identidad nacional, con el propósito de asegurar que resulten en un beneficio neto para Canadá, incluida una contribución a los objetivos culturales canadienses.

Se incluyen los siguientes sectores:

a) Publicación y distribución de libros. En general no se permite la adquisición directa por no residentes de empresas controladas por canadienses. La inversión extranjera en nuevas empresas se considera favorablemente siempre que la inversión se realice a través de una empresa conjunta con control canadiense.

b) Periódicos, revistas, publicaciones periódicas. Se aplica la prueba del beneficio neto.

c) Distribución de películas. No se permite la adquisición de empresas de distribución controladas por canadienses por parte de no canadienses. Sin embargo, la inversión extranjera se permite si se realiza a través de empresas conjuntas con control canadiense. Se permite la inversión extranjera en una nueva empresa si ésta está directamente vinculada a la importación y distribución de productos patentados.

d) Industria de grabaciones. Se aplica la prueba del beneficio neto.

e) Publicación de música. Se aplica la prueba del beneficio neto.

4) Energía.

Uranio. En la etapa de la primera producción se requiere que los residentes sean propietarios por lo menos del 51% en explotaciones mineras individuales de uranio. Pueden permitirse excepciones a este límite si es posible establecer que la propiedad está de hecho "controlada por canadienses". Si bien estos límites se aplican al control de la producción, se estimula la inversión extranjera en actividades de exploración y desarrollo.

5) Pesca.

Las empresas de procesamiento de pescado que tienen más de un 49% de propiedad extranjera no pueden poseer licencias canadienses de pesca comercial. No existen límites sobre la propiedad extranjera de empresas de procesamiento de pescado que no poseen licencias extranjeras.

Se prohíbe la entrada de buques pesqueros extranjeros en la Zona Económica Exclusiva de Canadá, excepto en virtud de una licencia o de un tratado. Buques extranjeros son aquéllos que no son "canadienses", según se

define en la legislación. El Ministro de Pesca y Océanos tiene autoridad discrecional con respecto a la emisión de licencias.

6) Radiodifusión y telecomunicaciones.

a) Radiodifusión.

Radiodifusión y cable. La legislación requiere que el sistema de radiodifusión canadiense sea efectivamente de propiedad y esté controlado por canadienses. La propiedad extranjera de cualquier concesionario de radiodifusión, así como de las operaciones de cable, está limitada a un máximo del 20%.

Todos los usuarios del espectro radial deben obtener una licencia de radio. En el caso de personas individuales, el criterio de elegibilidad es el de que sean ciudadanos canadienses o residentes permanentes. En el caso de una sociedad, el criterio de elegibilidad se basa en la residencia en Canadá y en la propiedad o el control.

b) Empresas públicas de telecomunicaciones.

La política que rige el establecimiento y la operación de empresas públicas de telecomunicaciones restringe la propiedad extranjera al 20% (33 1/3% en el caso de sociedades de control). No existen restricciones de propiedad para las empresas que proveen servicios de telecomunicaciones en condiciones de reventa, es decir la reventa de servicios de radiodifusión arrendados/servicios de valor agregado.

7) Transporte.

a) Transporte aéreo.

Una persona que se propone operar un servicio aéreo comercial (es decir, de transporte aéreo) entre dos o más puntos situados en Canadá, debe poseer un certificado de operación emitido por el Ministro de Transporte y una licencia del Organismo Nacional de Transporte. Las licencias sólo pueden emitirse a ciudadanos canadienses, residentes permanentes o personas o entidades que estén controladas de hecho por canadienses y en las cuales por lo menos el 75% del poder de voto sea de propiedad y esté controlado por canadienses.

Una persona que se propone operar un servicio aéreo comercial desde y hasta Canadá debe también poseer un certificado de operación y una licencia, aunque no existe el requisito de que sea canadiense o de que opere aeronaves canadienses. Sin embargo, en el caso de servicios internacionales regulares, los gobiernos extranjeros deben designar a no canadienses para operar un servicio aéreo en el marco de los acuerdos vigentes entre esos gobiernos y el gobierno de Canadá, y tales personas deben poseer un documento emitido por dichos gobiernos extranjeros, que sea equivalente a una licencia canadiense.

b) Transporte marítimo

No existen restricciones sobre la propiedad extranjera de empresas canadienses en el sector marítimo. Sin embargo, la Ley de Comercio Costero reserva a los buques de bandera canadiense el transporte de carga y de pasajeros entre puntos situados en el territorio de Canadá, así como todas las demás actividades marítimas comerciales que se lleven a cabo en aguas canadienses. Además, esta reserva se extiende al extremo exterior de la plataforma continental canadiense en el caso de actividades relacionadas con la exploración y explotación de recursos no vivientes. Para registrar un buque en Canadá, el propietario del mismo debe ser:

1) Ciudadano canadiense o ciudadano de un país que pertenece a la Comunidad Británica de Naciones.

2) Una sociedad constituida de acuerdo con las leyes respectivas y que esté domiciliada en Canadá o en un país de la Comunidad Británica de Naciones.

c) Transporte terrestre

Solamente personas canadienses que utilicen camiones o autobuses registrados y construidos en Canadá, o con los aranceles aduanales debidamente cubiertos, podrán prestar servicios entre puntos dentro de Canadá.

Principios que rigen la inversión extranjera en Canadá

El primero de los aplicables es el principio de reciprocidad internacional, de acuerdo con los instrumentos jurídicos internacionales de los cuales Canadá sea parte.

Al vender o enajenar su interés en el capital o en los activos de una empresa estatal existente o de una entidad gubernamental existente, el Gobierno de Canadá puede imponer limitaciones a la propiedad de tales intereses o activos, y sobre la capacidad de los propietarios de los mismos para controlar cualquier empresa resultante por parte de inversionistas no residentes. El Gobierno de Canadá también puede adoptar o mantener medidas relacionadas con la nacionalidad de la administración superior o los miembros del directorio de tales empresas.

La IED recibe el trato nacional y de la nación más favorecida, de acuerdo con los convenios internacionales suscritos por Canadá que abarcan inversiones (por ejemplo, OMC, TLCAN, acuerdos bilaterales de protección).

En el ámbito federal y local, existe legislación que otorga facultades a la autoridad para expropiar por razones de utilidad pública, de acuerdo con la legislación vigente, sujeta a compensación. En todas las circunstancias, la parte expropiada tiene derecho a un proceso jurídico equitativo para la determinación de dicha compensación.

Si el primer intento de las autoridades por llegar a un acuerdo sobre la compensación apropiada fracasa, la acción se somete al proceso judicial. La

compensación se basa en su justo valor de mercado. Los criterios de valuación están determinados por los tribunales y pueden incluir el valor en libros, el valor de una empresa en marcha, y otros criterios.¹³⁸

Régimen Impositivo

Los inversionistas extranjeros que realizan negocios en Canadá están sujetos a las mismas normas tributarias que otras empresas. Las empresas residentes en Canadá están sujetas a impuestos sobre la renta de las sociedades, que generalmente se imponen en forma similar independientemente de que la sociedad sea de propiedad o esté controlada por inversionistas canadienses o extranjeros. Las empresas residentes son gravadas sobre la base de su ingreso mundial. Los inversionistas extranjeros que llevan a cabo negocios a través de sucursales canadienses de empresas no residentes son gravados en Canadá sobre la base del ingreso obtenido en Canadá.

Debe señalarse que los impuestos a la renta se basan en la residencia: una empresa residente canadiense está sujeta a impuesto a la renta sobre sus ingresos en todo el mundo, independientemente de que sea propiedad de inversionistas canadienses o extranjeros. Los inversionistas extranjeros que llevan a cabo negocios en Canadá a través de sucursales en vez de sociedades, están sujetos a impuesto sobre los ingresos generados solamente en Canadá.

Solución de controversias

Los inversionistas extranjeros y nacionales tienen igual acceso a los procedimientos jurídicos en Canadá. Además, de acuerdo con el TLCAN y varios acuerdos bilaterales sobre inversiones, los inversionistas extranjeros pueden apelar a mecanismos internacionales de arbitraje.

Canadá forma parte de la Convención sobre el Reconocimiento y la Aplicación de Laudos Arbitrales Extranjeros (el "Convenio de Nueva York") aprobado en Nueva York el 10 de junio de 1958, que entró en vigencia en Canadá el 12 de mayo de 1986. Canadá contempla la utilización de las Normas sobre Servicios Adicionales del CIADI y las Normas sobre Arbitraje de la CNUDMI en sus acuerdos bilaterales de protección de inversiones y en el TLCAN.

Al considerar la "supremacía o jerarquía jurídica" entre la legislación nacional y los acuerdos internacionales de protección de inversiones "especialmente en el caso de conflictos normativos", es importante señalar que en Canadá, los acuerdos internacionales son de aplicación automática. Canadá pone en práctica sus obligaciones internacionales a través de su legislación nacional.

En cuanto a las obligaciones comerciales de Canadá en el marco del TLCAN y la OMC, la legislación canadiense requiere que la leyes federales que

¹³⁸ En México el equivalente sería la indemnización que se otorga a los particulares como resultado de un decreto expropiatorio.

ponen en práctica las disposiciones de estos acuerdos deben interpretarse en forma consistente con los mismos. En términos generales, las decisiones de los tribunales canadienses han establecido que la legislación debe interpretarse de acuerdo con los acuerdos internacionales pertinentes. De esta manera, en los procedimientos jurídicos nacionales, los litigantes que deseen hacer valer los derechos que puedan surgir del TLCAN, la OMC o un acuerdo de protección de inversiones están limitados a recurrir al acuerdo pertinente sólo en circunstancias en las que debe interpretarse la ley nacional respectiva.

Si bien los tribunales canadienses, han establecido que la intención claramente expresada de la legislatura debe ponerse en práctica, aun cuando pueda hallarse en conflicto con obligaciones internacionales, el arbitraje internacional entre inversionistas y el Estado derivado del TLCAN o de un acuerdo de protección de inversiones se regirá por el acuerdo respectivo y los principios legales que rigen el arbitraje, y existe independientemente de la legislación nacional. Además, de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Aplicación de Laudos Arbitrales Extranjeros, y con las leyes federales y provinciales, los laudos resultantes de dicho arbitraje internacional son reconocidos y aplicados como si hubieran sido dictados por tribunales nacionales.

La Ley de Inversiones de Canadá y la Ley de Sociedades Comerciales de Canadá están administradas por Industrias de Canadá, departamento del gobierno federal, y por el Ministro de Industria.

La Oficina del Superintendente de Instituciones Financieras, organismo gubernamental que depende del Ministro de Finanzas, supervisa los bancos, los fideicomisos y las compañías de préstamos constituidas al nivel federal, y las compañías de seguros registradas de acuerdo con las leyes federales. Este organismo examina las solicitudes de las instituciones financieras extranjeras para invertir en Canadá.

La legislación sectorial está administrada directamente por el departamento sectorial pertinente del gobierno federal.¹³⁹

3.5 ESTADOS UNIDOS.

La Constitución de los EE.UU. contiene varias disposiciones que garantizan la libertad económica. Estas garantías generalmente benefician a los inversionistas extranjeros.

Como los Estados Unidos no tienen una ley general de inversiones extranjeras, no existe una definición global de la inversión extranjera. Existen definiciones de inversión extranjera en contextos específicos, como los tratados bilaterales sobre inversiones (TLCAN). Se adjunta la definición de "inversión

¹³⁹ Documento obtenido de la página Web: <http://alca-ftaa.iadb.org/esp/invest/CAN~1.HTM>

cubierta" del actual prototipo de tratado bilateral sobre inversiones de los Estados Unidos, así como las definiciones pertinentes del TLCAN. Ciertas formas de inversión extranjera están sujetas a leyes específicas y dichas leyes también contienen definiciones específicas de la inversión extranjera para determinados propósitos legislativos.

A continuación daremos una definición de tratado bilateral sobre inversiones extranjeras:

La "inversión" de un nacional o empresa significa cualquier tipo de inversión de propiedad controlada directa o indirectamente por dicho nacional o empresa, e incluye inversiones que consisten o toman la forma de:

- a) Una empresa.
- b) Acciones, capital accionario y otras formas de participación en el capital, y bonos, obligaciones, y otras formas de intereses de deuda en una empresa.
- c) Derechos contractuales, como los derivados de contratos llave en mano, de administración o de construcción, contratos de producción o de participación en los ingresos, concesiones u otros contratos similares.
- d) Bienes tangibles, incluidos todos los bienes raíces; y bienes intangibles, incluidos derechos como arrendamientos, hipotecas, privilegios o prendas.
- e) Propiedad intelectual, incluidos: derechos de propiedad intelectual o otros derechos conexos, patentes, derechos sobre variedades de plantas, diseños industriales, derechos sobre diseño de semiconductores, secretos comerciales, incluidos conocimientos técnicos e información comercial confidencial, marcas comerciales y de servicios, y marcas registradas.¹⁴⁰

En cuanto a su política de inversiones de los Estados Unidos no trata a las empresas foráneas en forma diferente de las empresas estadounidenses. No existe un marco reglamentario separado para empresas de propiedad o controladas por extranjeros. El tratamiento nacional se aplica a todas las empresas constituidas en los Estados Unidos, excepto en ciertos sectores específicos (como, por ejemplo, la navegación marítima de cabotaje).

La Constitución estadounidense, tal y como ya mencionamos, contiene varias disposiciones que garantizan la libertad económica. Tales garantías por lo general benefician a los inversionistas extranjeros. Las disposiciones incluyen, por ejemplo, los artículos I, III y IV y las enmiendas decimotercera y decimocuarta.

Así, los siguientes artículos ponen de manifiesto lo ya expuesto:

¹⁴⁰ Artículo 1139 del TLCAN.

Artículo I, Sección 8... Todos los derechos, gravámenes e impuestos sobre el consumo serán uniformes en todos los Estados Unidos; el comercio exterior e interestatal será reglamentado por el gobierno federal a través del Congreso; existirá una ley uniforme de quiebras que libere los activos que de otra manera estarían congelados en una quiebra, y que los autores e inventores tendrán derechos exclusivos sobre sus obras y sus invenciones por un período de tiempo.

Sección 9: ni el Congreso ni el Estado podrán establecer impuestos sobre las exportaciones y prohíbe las preferencias sobre la regulación del comercio o los ingresos portuarios de un estado sobre los de otros estados.

Sección 10 los estados no pueden actuar en forma tal que obstaculice las obligaciones contractuales.

Artículo III. Los tribunales federales deben resolver los casos que se susciten dentro de la Constitución y la legislación federal.

Los Estados Unidos estimulan la inversión directa interna y en el exterior y se oponen a cualquier tipo de intervención gubernamental que obstaculice o distorsione la inversión, sujeto a limitadas excepciones por razones de seguridad nacional y otros propósitos conexos.

Las empresas públicas y privadas compiten en igualdad de condiciones.

Sectores o actividades económicas restringidas o limitadas a la IED¹⁴¹

Un análisis detallado de los sectores, requiere distinguir, los casos en que se excluye o restringe la inversión extranjera. Asimismo, es importante tener presente que si bien en la mayoría de los casos señalados se restringe el porcentaje de capital extranjero que puede aportarse a la empresa, en otros la restricción está en la composición del directorio de la empresa. Dentro de las áreas a las cuales Estados Unidos da un tratamiento restringido están algunas de las siguientes:

- Energía atómica. Los extranjeros y las entidades de propiedad, controladas o dominadas por extranjeros o gobiernos extranjeros no pueden realizar operaciones que involucren la utilización de energía atómica. Esta restricción se aplica principalmente a los reactores nucleares y a las plantas de procesamiento que extraen plutonio.¹⁴²
- Despacho aduanal. Se requiere una licencia de agente aduanal para tramitar asuntos aduaneros en nombre de otra persona. Solamente los ciudadanos estadounidenses podrán obtener tal licencia. Una sociedad, asociación o asociación ("partnership") en conformidad con la ley de cualquier estado podrá recibir una licencia de agente aduanal si por lo

¹⁴¹ www.dhlaw.de. y www.usinfo.state.gov.

¹⁴² Ley de Energía Atómica, 42 U.S.C. , sección 2011 y siguientes, (1954).

menos un oficial de la sociedad o asociación, o un miembro de la asociación ("partnership"), tiene una licencia vigente de agente aduanal.¹⁴³

- Licencias de estaciones de radiodifusión y emisoras de radio para transporte público y aeronáutico. Cuando una empresa esté directa o indirectamente controlada por otra sociedad, la Comisión Federal de Comunicaciones puede negarse a aprobar una licencia, si más del 25% del interés en la empresa la ejercen extranjeros y si la Comisión encuentra que ello resulta de interés público. Además, los extranjeros, las empresas extranjeras o los gobiernos extranjeros no pueden ser propietarios o tener más del 20% de los votos en empresas estadounidenses que poseen licencias de radio para tales servicios. Existen restricciones adicionales sobre la nacionalidad de los administradores, que se aplican en el caso de empresas de radiodifusión y empresas telefónicas que poseen licencias de radio para transporte público.¹⁴⁴
- COMSAT. Las empresas controladas por extranjeros y los extranjeros no pueden poseer en total más del 20% de la propiedad de la Corporación de Comunicaciones por Satélite.¹⁴⁵
- Los subsidios o las donaciones, incluidas las garantías de préstamos respaldadas por el gobierno y la elegibilidad para los seguros y garantías de inversiones en países en desarrollo elegibles de la Overseas Private Investment Corporation (OPIC), están limitados a entidades constituidas en los Estados Unidos y que sean de sustancial propiedad (más del 50%) de ciudadanos de los Estados Unidos, o a entidades extranjeras que sean en un 95% de propiedad de ciudadanos de los Estados Unidos.¹⁴⁶
- Tecnología avanzada. Para recibir asistencia financiera, una empresa debe demostrar que su participación será en el interés económico de los Estados Unidos, evidenciado por inversiones en los Estados Unidos en materia de investigación, desarrollo y fabricación, y ser una empresa de propiedad estadounidense o una empresa constituida en los Estados Unidos cuya sociedad controlante esté constituida en un país que: otorga a las empresas de propiedad estadounidense oportunidades comparables a las otorgadas a cualquier otra empresa para participar en tales empresas conjuntas; otorga a las empresas estadounidenses oportunidades locales de inversión comparables a las otorgadas a

¹⁴³ Ley de Aranceles, 19 U.S.C., sección 1641(b).

¹⁴⁴ Ley de Comunicaciones de 1934, 47 U.S.C., sección 151 y siguientes. Véase en particular la sección 310(b).

¹⁴⁵ Ley de Comunicaciones por Satélite (1962), 47 U.S.C., sección 734(d).

¹⁴⁶ Ley de Asistencia Exterior (1961), 22 U.S.C., sección 2198c).

cualquier otra empresa; otorga derechos adecuados y efectivos de propiedad intelectual a las empresas de propiedad estadounidense.¹⁴⁷

- Reversión de tecnología. Para participar en este proyecto, la empresa debe llevar a cabo un nivel significativo de actividades de investigación, desarrollo, ingeniería y fabricación en los Estados Unidos o en una empresa de propiedad estadounidense. Ahora bien, una empresa de propiedad extranjera puede ser elegible, si su sociedad controlante está constituida en un país cuyo gobierno estimula la participación de empresas de propiedad estadounidense en consorcios de investigación y desarrollo a los cuales dicho gobierno provee financiamiento, y reconoce efectivos derechos de propiedad intelectual a empresas de los Estados Unidos.¹⁴⁸
- En lo que hace al TLCAN, sus artículos 1102 al 1108, permite que se excluyan de sus disposiciones ciertas leyes que no se ajusten al trato nacional contemplado en el acuerdo, trato de nación más favorecida, composición de los directorios y requisitos de desempeño por ser preexistente. Las medidas de este tipo que se hallaban en vigencia el 1 de enero de 1994 a nivel estatal fueron eximidas automáticamente por dos años, por lo que actualmente son permanentes.
- Transporte aéreo: Únicamente empresas de transporte aéreo que sean propiedad de "ciudadanos de Estados Unidos" podrán operar aeronaves para prestar servicio aéreo doméstico (cabotaje) e internacional y prestar servicios internacionales de regulares y no regulares como empresas de transporte aéreo estadounidenses.
Los ciudadanos de Estados Unidos también cuentan con autoridad general para llevar a cabo actividades indirectas de transporte aéreo (actividades de mensajería aérea, de carga y fletamento diferentes a los operadores efectivos de la aeronave).

Para llevar a cabo tales actividades, los ciudadanos de otro país distinto a Estados Unidos deberán obtener autorización del Departamento de Transporte (Department of Transportation). Las solicitudes de autorización podrán ser rechazadas por falta de reciprocidad efectiva, o si el Departamento de Transporte (Department of Transportation) encuentra que ello es en el interés público.

Conforme a la Ley Federal de Aviación de 1958 (Federal Aviation Act of 1958) "ciudadano de Estados Unidos" significa:

- a) un individuo que sea ciudadano estadounidense;

¹⁴⁷ Ley de Preeminencia de la Tecnología Americana de 1991, 22 U.S.C., párrafo 278h.

¹⁴⁸ Ley de Conversión, Reversión y Asistencia Transitoria para Instalaciones de Defensa, Acta de 1992, 10 U.S.C., sección 2491.

- b) una asociación ("partnership") en la cual cada miembro sea ciudadano estadounidense; o
- c) una sociedad de Estados Unidos en la cual el presidente y por lo menos dos terceras partes de los miembros del consejo de administración y otros funcionarios de alta dirección sean ciudadanos de Estados Unidos, y por lo menos 75 por ciento de las acciones con derecho a voto en la sociedad sea propiedad o esté controlado por ciudadanos de Estados Unidos.

Además, este requisito establecido por la Ley ha sido interpretado históricamente por el Departamento de Transporte (Department of Transportation) (y anteriormente por el Consejo Civil de Aeronáutica (Civil Aeronautics Board)), como el exigir que una empresa aeronáutica esté bajo el control efectivo de ciudadanos de Estados Unidos. El Departamento de Transporte (Department of Transportation) hace esta determinación caso por caso y ha dado instrucciones para ciertas líneas de demarcación.

- Transporte marítimo. La Comisión Federal de la Marina Mercante está autorizada para tomar medidas unilaterales cuando un gobierno extranjero, un transportista extranjero u otras personas que proveen servicios relacionados con la navegación incurran en actividades que afecten adversamente a los transportistas estadounidenses en el comercio marítimo de los Estados Unidos; creen condiciones desfavorables a la navegación en el comercio exterior, u obstaculicen indebidamente el acceso de los buques de bandera estadounidense al comercio entre puertos extranjeros. Las sanciones propuestas de acuerdo con esta legislación afectan frecuentemente la provisión de servicios transfronterizos, aunque también podrían afectar las inversiones de propiedad extranjera establecidas en los Estados Unidos (como por ejemplo, la revocación de licencias de transportistas de carga, la suspensión de arrendamientos preferenciales de terminales).¹⁴⁹
- Servicios de banca, seguros, valores y otros servicios financieros. A partir de agosto de 1989, la Reserva Federal puede negarse a designar como agente primario a un banco comercial o un banco de inversiones controlado por extranjeros, si el gobierno del país de origen del banco extranjero deniega tratamiento nacional a los bancos de propiedad estadounidense para operaciones en valores del gobierno. La denegación de la designación de agente primario significa que la Reserva Federal, por su propia iniciativa, dejará de utilizar a dicha empresa para la conducción de la política monetaria. La empresa, por su propia iniciativa, puede continuar libre de gravámenes para adquirir valores del Gobierno de los Estados Unidos en las subastas del gobierno.¹⁵⁰

¹⁴⁹ *Ley de Prácticas Extranjeras de Navegación (1988), Ley de la Marina Mercante (1920) Sección 19, Ley de Navegación (1984), sección 13 (b)4.*

¹⁵⁰ *Ley de Agentes Primarios de 1988, 22 U.S.C., secciones 5341-5342.*

- Banca y valores. Los instrumentos para la emisión de valores deben tener por lo menos un fideicomisario organizado y que opere en los Estados Unidos. La Comisión de Valores y Bolsas puede proporcionar una exención a esta regla.¹⁵¹
- Servicios de banca, seguros, valores y otros servicios financieros. También existen disposiciones de reciprocidad en materia de servicios financieros, incluidos los de banca, valores y seguros.
- Seguros. La reglamentación de la industria de los seguros no se realiza a nivel federal. La única importante excepción a la política de tratamiento nacional en el sector de seguros es la restricción del licenciamiento en lo que se refiere a solicitantes de propiedad del gobierno. Algunos estados prohíben el otorgamiento de licencias a empresas de propiedad o controladas por gobiernos extranjeros.
- Ley de Arrendamiento de Tierras Mineras. La Ley de Arrendamiento de Tierras Mineras (1920) permite la utilización de tierras públicas para arrendamiento sólo a ciudadanos, asociaciones de ciudadanos, o empresas constituidas de acuerdo con las leyes de los Estados Unidos, con respecto a la adquisición de derechos de vía para oleoductos, o arrendamientos e intereses para la explotación de carbón, petróleo u otros minerales. Las personas que no sean ciudadanas de los Estados Unidos pueden, sin embargo, poseer un interés del 100% en una empresa estadounidense que adquiere un derecho de vía para oleoductos o gasoductos a través de tierras federales en los Estados Unidos continentales, o que adquiere un arrendamiento para explotar recursos minerales en dichas tierras, a menos que el país de origen del inversionista extranjero deniegue privilegios similares o iguales para el mineral en cuestión o el acceso al mismo a los ciudadanos o empresas de los Estados Unidos o a los ciudadanos o empresas de otros países.¹⁵²

Los Estados Unidos no imponen requisitos de desempeño a las inversiones extranjeras (o nacionales). Al nivel estatal existen ciertos programas de incentivos que pueden considerarse requisitos de desempeño.

Como mencionamos la política de inversiones de los Estados Unidos, está basada en el principio de trato nacional: los inversionistas extranjeros no deben ser tratados en forma diferente de los inversionistas nacionales. Esta política proporciona los medios para el crecimiento y la prosperidad de las economías. Todos los países, tanto los que proveen como los que reciben las inversiones, se

¹⁵¹ *Ley de Instrumentos de Fideicomisos de 1939.*

¹⁵² *Ley de Arrendamiento de Tierras Mineras (1920). Capítulo 3A, 10 U.S.C., sección 7435.*

benefician de la inversión extranjera directa. Los Estados Unidos, el país que origina y recibe el mayor número de inversiones directas, tienen un importante interés en promover un clima abierto de inversiones. El país está comprometido en favor de una política abierta de inversiones y está procurando agresivamente abrir mercados en el exterior.

En general, los inversionistas extranjeros reciben trato nacional y de la nación más favorecida, excepto con las limitaciones establecidas por ciertas leyes estadounidenses.

En lo que hace a la quinta enmienda de la Constitución, ésta incluye una cláusula en materia de expropiación, la cual establece que: "ninguna propiedad privada puede ser expropiada para uso público sin una justa compensación". Este requisito constitucional es congruente con las normas internacionales sobre expropiación.

La propiedad intelectual está adecuada y efectivamente protegida por un amplio sistema de leyes federales y estatales. Los Estados Unidos son parte de un gran número de convenciones internacionales sobre propiedad intelectual.

Las empresas de propiedad controladas por extranjeros están sujetas a impuestos en forma equivalente a la tributación que se aplica a las empresas de propiedad o controladas por estadounidenses.

Los Estados Unidos no aplican prácticas discriminatorias que afectan a las empresas controladas por extranjeros. En la mayor parte de los casos, las normas tributarias que se aplican a las empresas controladas por extranjeros son las mismas que se aplican a las empresas controladas por estadounidenses.

Incentivos a la inversión extranjera

Los inversionistas extranjeros tienen acceso al crédito interno sobre la base de su solvencia crediticia. No existen incentivos a la inversión extranjera *per se* a nivel nacional (es decir, incentivos de los que no disponen los inversionistas nacionales). Muchos de los estados ofrecen reducciones de impuestos estatales, crédito y otros incentivos a los inversionistas extranjeros o nacionales que participan en la creación de empleos. La información relacionada con los incentivos al nivel estatal no es seguida en forma sistemática por el gobierno federal. Los incentivos al nivel estatal se ofrecen sobre una base de tratamiento nacional.

Solución de controversias.

Los inversionistas extranjeros en general tienen el mismo acceso a los procedimientos de resolución de disputas que los inversionistas nacionales. En algunos casos, en que los inversionistas extranjeros provienen de países cubiertos por las obligaciones emanadas de tratados internacionales de los Estados Unidos, tales inversionistas también pueden contar con el arbitraje internacional obligatorio a través del CIADI y otros foros de arbitraje internacional para la resolución de disputas.

Los Estados Unidos forman parte del CIADI. También han ratificado la Convención de las Naciones Unidas para el Reconocimiento y la Aplicación de Laudos Arbitrales Extranjeros y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Los Estados Unidos han suscrito nueve tratados bilaterales sobre inversiones con distintos países de las Américas (Argentina, Ecuador, Granada, Haití, Honduras, Jamaica, Nicaragua, Panamá, y Trinidad y Tobago). De éstos, tres se hallan en vigencia (Argentina, Granada y Panamá).

Jerarquía jurídica poseen los tratados internacionales

Finalmente para los Estados Unidos, los tratados bilaterales de inversiones son considerados tratados, los cuales entran en vigencia sólo después de su aprobación por dos terceras partes del Senado y la ratificación del Presidente. De acuerdo con el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos, los tratados constituyen "la ley suprema del Estado", junto con las leyes federales.¹⁵³ En consecuencia, tienen categoría de leyes federales y prelación sobre las leyes estatales.

Los tratados bilaterales de inversiones de los Estados Unidos contienen artículos específicos que contemplan la resolución de disputas entre los inversionistas y el Estado y entre los estados entre sí, tal es el caso del TLCAN, el cual contempla un sistema de solución de controversias en materia de inversiones.¹⁵⁴

El gobierno de los Estados Unidos no tiene oficinas especiales para tratar las inversiones extranjeras. La Oficina de Análisis Económico del Departamento de Comercio recopila cierta información y estadísticas sobre inversiones relacionadas con la inversión extranjera directa en los Estados Unidos y con las inversiones de los Estados Unidos en el exterior.¹⁵⁵

¹⁵³ **Artículo 6.-** *Todas las deudas contraídas y los compromisos adquiridos antes de la adopción de esta Constitución serán tan válidos en contra de los Estados Unidos bajo el imperio de esta Constitución, como bajo el de la Confederación.*

Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.

Los Senadores y representantes ya mencionados, los miembros de las distintas legislaturas locales y todos los funcionarios ejecutivos y judiciales, tanto de los Estados Unidos como de los diversos Estados, se obligarán mediante juramento o protesta a sostener esta Constitución; pero nunca se exigirá una declaración religiosa como condición para ocupar ningún empleo o mandato público de los Estados Unidos.

¹⁵⁴ Artículos 1116-1138 del Capítulo XI en materia de Inversiones del TLCAN.

¹⁵⁵ Documento obtenido de la página Web: <http://alca-ftaa.iadb.org/esp/invest/USA~1.HTM>

3.6 MARCO COMPARATIVO CHINA-MÉXICO- UE.

3.6.1 UE-MÉXICO-CHINA.

MARCO COMPARATIVO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA					
	UNION EUROPEA	MEXICO			CHINA
A C T I V I D A D E S	No existe limitación alguna en la legislación comunitaria, sin embargo, cada país en lo particular podrá imponer las limitaciones que considere pertinentes.	Reservadas exclusivamente al Estado	Reservadas a mexicanos o a sociedades mexicanas	Porcentajes de participación para extranjeros.	-Industria ligera
		<ol style="list-style-type: none"> 1. Petróleo y demás hidrocarburos; 2. Petroquímica básica; 3. Electricidad; 4. Generación de energía nuclear; 5. Minerales radioactivos; 6. Telégrafos; 7. Radiotelegrafía; 8. Correos; 9. Emisión de billetes; 10. Acuñación de moneda; 11. Control, supervisión y vigilancia de puertos, aeropuertos y helipuertos; y 12. Las demás que expresamente señalen las disposiciones legales aplicables. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Transporte terrestre nacional de pasajeros, turismo y carga, sin incluir los servicios de mensajería y paquetería; 2. Comercio al por menor de gasolina y distribución de gas licuado de petróleo; 3. Servicios de radiodifusión y otros de radio y televisión, distintos de televisión por cable; 4. Uniones de crédito; 5. Instituciones de banca de desarrollo, en los términos de la ley de la materia; y 6. La prestación de los servicios profesionales y técnicos que expresamente señalen las disposiciones legales aplicables. 	<ul style="list-style-type: none"> • 10%: <ul style="list-style-type: none"> - Sociedades cooperativas de producción. • 25%: <ul style="list-style-type: none"> -Transporte aéreo nacional; -Transporte en aerotaxi; y -Transporte aéreo especializado • 49%: <ul style="list-style-type: none"> -Instituciones de seguros; -Instituciones de fianzas; -Casas de cambio; -Almacenes generales de depósito; Arrendadoras financieras; Empresas de factoraje financiero; Sociedades financieras de objeto limitado; Sociedades a las que se 	<ul style="list-style-type: none"> 1. El ensamblaje de maquinaria y reloj digital, y productos finales: bicicletas y máquinas de coser. 2. Aparatos eléctricos domésticos: lavarropas, refrigeradores, y congeladores. <p>-Industria de carbón</p> <p>-Industria metalúrgica ferrosa</p> <p>-Producto petroquímico e industrias químicas.</p> <p>-Equipo de material de construcción y otras industrias fabriles non-metales</p> <p>-Industria farmacéutica</p> <p>-Industria de servicios</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Taxi (los automóviles deben ser comprados en china solamente). 2. Estaciones de gasolina (solamente limitado a la construcción y la operación relacionada con los proyectos).
R E S T R I N G I D A S					
A L A					

I N V E R S I Ó N				<p>refiere el artículo 12 bis de la Ley del Mercado de Valores;</p> <p>Administradoras de fondos para el retiro;</p> <p>Fabricación y comercialización de explosivos, armas de fuego, cartuchos, municiones y fuegos artificiales, sin incluir la adquisición y utilización de explosivos para actividades industriales y extractivas, ni la elaboración de mezclas explosivas para el consumo de dichas actividades;</p> <p>-Impresión y publicación de periódicos para circulación exclusiva en territorio nacional;</p> <p>-Acciones serie "T" de sociedades que tengan en propiedad tierras agrícolas, ganaderas y forestales;</p> <p>-Pesca en agua dulce, costera y en la zona económica exclusiva, sin incluir acuicultura;</p> <p>Administración portuaria integral;</p> <p>-Servicios portuarios de pilotaje a las</p>	<p>-Industria ligera</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Sal de mesa sal industrial. 2. El procesamiento y la producción de cerdo, ganado vacuno y ovejas mojarón cáscaras. 3. Perfumes naturales. <p>-Industria de tejido</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Tejido de lana y tejido de algodón. 2. Seda sin procesar y seda de espacio en blanco. 3. Fibras sintéticas y materias primas <p>-Industria de equipo electrónico</p> <p>-El comercio nacional y extranjero, el turismo, los bienes raíces y las industrias de servicios (lenguado que la propiedad extranjera no admitió)</p> <p>Prohibidas a la inversión extranjera:</p> <p>-Procesamiento de té verde y té especial (como té de nombre de marca y té negro).</p> <p>-Industria ligera</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La escultura de marfil, el procesamiento de tigre - hueso. 2. Alfombra hecha a mano. 3. Papel de arroz, palos de tinta. <p>-Excavación y procesamiento de minas</p>
E X T R A N J E R A					
D I R E C T A					

				<p>embarcaciones para realizar operaciones de navegación interior, en los términos de la ley de la materia;</p> <p>Sociedades navieras dedicadas a la explotación comercial de embarcaciones para la navegación interior y de cabotaje, con excepción de cruceros turísticos y la explotación de dragas y artefactos navales para la construcción, conservación y operación portuaria;</p> <p>Suministro de combustibles y lubricantes para embarcaciones y aeronaves y equipo ferroviario, y</p> <p>Sociedades concesionarias en los términos de los artículos 11 y 12 de la Ley Federal de Telecomunicaciones</p>	<p>-Producto petroquímico y industrias químicas</p> <p>-Industria farmacéutica</p> <p>1. Medicinas de hierbas chinas que están sobre la protección de estado federal</p> <p>2. Medicina de hierbas tradicional china</p> <p>-La radio, la película y la televisión</p>
Ó R G A N O D E C O N T R O L	La Comisión Europea.	La Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras		<p>Ministerio de Comercio y Cooperación Económica con el Exterior de la República Popular China</p> <p>Administración Estatal de la Industria y el Comercio de la República Popular China</p>	

<p>DE LAS INVERSIONES</p>			
<p>REQUISITOS A LA IED</p>	<p>Autorización de la Comisión Europea. Encontrándose dentro de los límites de volumen de operaciones que el Reglamento (CE) nº 139/2004 establece.</p>	<p>Resolución favorable de la Comisión Nacional de Inversión Extranjera en inversiones iguales o mayores al 49%.</p> <p>Someterse a la Cláusula Calvo.</p>	<p>Acompañado de la solicitud de aprobación además se exhibirá lo siguiente:</p> <p>9) Aplicación práctica de la operación solicitada</p> <p>10) Decisión de los directores de AEP</p> <p>11) Informe con las medidas concretas (formulario de déficit y rentabilidad)</p> <p>12) Licencia de la empresa</p> <p>13) Balance de los tres años anteriores</p> <p>14) Contrato sobre la operación contratada (original)</p> <p>15) Informe de estudios sobre la viabilidad del proyecto</p> <p>16) opiniones de los departamentos de cargo, tributación financiera.</p>
<p>OBJUNDACIONES</p>	<p>Tratado de Roma.</p> <p>Reglamento (CE) nº 139/2004.</p>	<p>Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos</p> <p>Ley de Inversión Extranjera</p> <p>Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional y demás leyes que regulen específicamente un sector.</p>	<p>The Law People's Republic Popular China Chinese-Foreign Joint Venture.</p> <p>Procedures of The People's Republic of China for The Registration and Administration of</p>

T O S A P L I C A B L E S			<p>Chinese-Foreign Joint Ventures.</p> <p>The Income Tax Law Of The People Republic Of China Concerning Chinese Foreign Joint Venture.</p> <p>Regulations for Contracted Operation of Chinese-Foreign Equity Joint Ventures.</p> <p>Rules on Setting up Investment Company by Foreign Investors.</p>
---	--	--	--

3.6.2 EE.UU. – MÉXICO - CHINA.

MARCO COMPARATIVO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA			
	EE.UU.	MÉXICO	CANADÁ
Energía Nuclear		Reservada exclusivamente al Estado.	
Agentes aduanales	Ciudadanos	Ciudadanos	Ciudadanos
Radio y televisión	25%	Reservadas a mexicanos y a sociedades mexicanas	20%
Comunicaciones vía satélite	20%	49%	20%
Pesca	Se restringe el comercio costero y la participación debe ser minoritaria en empresas propietarias de buques que operan pesquerías estadounidenses.	49% (en agua dulce, costera y en la zona económica exclusiva).	49% (empresas dedicadas al procesamiento pesquero)
Agricultura	No pueden obtener préstamos especiales de emergencia del gobierno.	49%	Préstamos reservados sólo a ciudadanos y residentes canadienses.

Transporte aéreo	Tráfico internacional reservado a aerolíneas internacionales.	25% (nacional)	Residentes y ciudadanos canadienses.
Transporte marítimo	Los derechos de cabotaje reservadas a ciudadanos con el 75% o más de las acciones con derecho a voto.	49%	Transporte de carga y de pasajeros reservada a canadienses.
ÓRGANO DE CONTROL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS	Oficina de Análisis Económico del Departamento de Comercio	La Comisión Nacional de Inversión Extranjera	Industrias de Canadá, departamento del gobierno federal, y el Ministro de Industria.
REQUISITOS A LA IED	Aprobación del Departamento de Comercio.	Resolución favorable de la Comisión Nacional de Inversión Extranjera en inversiones iguales o mayores al 49%. Así mismo someterse a la Cláusula Calvo.	Notificación de la Inversión Extranjera y Aprobación del examen sobre la inversión a cargo del Ministro Industria.
ORDENAMIENTOS JURÍDICOS APLICABLES	Constitución Federal TLCAN Leyes específicas.	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Ley de Inversión Extranjera TLCAN APPRIS Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional DE Inversiones Extranjeras y demás leyes que regulen específicamente un sector.	Constitución canadiense Ley de Inversiones de Canadá TLCAN Ley de Sociedades Mercantiles de Canadá

CAPITULO 4. CONSTITUCIÓN DE JOINT VENTURES EN MÉXICO, ENTRE EL MERCADO MEXICANO Y EL CHINO, Y SU IMPACTO EN LAS EXPORTACIONES EN EL MARCO DEL TLCAN.

En ésta investigación, hemos analizado de forma concisa las implicaciones que, como consecuencia de una alianza de inversión traería el llevarla a cabo dentro del esquema de las legislaciones y bloques comerciales que se abordaron. En efecto al ser el objeto de nuestro trabajo la constitución de Joint Ventures entre México y China, es necesario que plantemos el porque este proyecto promete ser una alternativa de desarrollo económico en nuestro país.

En primer lugar debemos de tener en cuenta que la IED constituye hoy un medio idóneo para que un país pueda crecer y sea competitivo en un mercado global, pues es éste último aspecto (competitividad) donde México presenta una deficiencia preocupante, la cual bien puede ser superada con la intervención de la IED, sobre todo porque constituye universalmente una fuente de recursos financieros y recursos tecnológicos, y es primordialmente un motor de la competitividad, siendo *per se* una herramienta esencial y clave para que una empresa pueda crecer y sea atractiva en el mercado del consumo y de la inversión en cualquier economía.

Hoy México tiene una postura totalmente accesible y se suma a la inmensa lista de países que están abiertos a la entrada de capitales extranjeros en el marco de su legislación y apegado a compromisos internacionales. Todo ello viene a ser una excelente opción tanto para las pequeñas, medianas y grandes empresas mexicanas que están deseosas de que el capital extranjero y la tecnología formen parte de ellas y como consecuencia elevar su nivel productivo y de calidad. En ésta perspectiva México ofrece muchos nichos de oportunidad que hoy no han sido tomados en cuenta o no han sido explotados de manera eficiente, sin embargo es evidente que con la debida infraestructura pueden constituir una buena opción para los inversionistas extranjeros y mexicanos, pues la propuesta de constituir Joint Ventures México y China, es muy atractiva y además de que goza de múltiples ventajas.

Por otro lado el propio gobierno mexicano ha implementado programas tendientes a apoyar la exportación de las empresas, tal es el caso del programa de libre importación temporal para producir artículos de exportación (PITEX), el programa tiene como única prioridad el fomento a las exportaciones, el mismo no establece limitaciones en materia de localización industrial, estructura de capital o grado de integración nacional, beneficio que todos los exportadores pueden aprovechar situándose en supuesto legal.¹⁵⁶ Dicho programa tiene como fin

¹⁵⁶Exportador: persona moral residente en territorio nacional, productora de bienes no petroleros y que los destine al exterior mediante pedimento de exportación. (artículo 2, fracción III, del Decreto del programa Pitex).

exencionar a los exportadores del pago de ciertos impuestos, cuyo fin sea fabricar productos de exportación y que necesiten de insumos foráneos.¹⁵⁷

En primer lugar para el caso de constituir Joint Ventures entre empresas mexicanas y extranjeras, la vía idónea es a través de la constitución de sociedades que pueden revestir la forma de una Sociedad de Responsabilidad Limitada o de una Sociedad Anónima, puesto que ambas estructuras se pueden adaptar a las necesidades y operaciones de una empresa de co-inversión. Sin embargo la Sociedad Anónima es claramente la forma predominante de la sociedad mercantil en México que refleja aproximadamente el 99% de todo el capital invertido en las sociedades mexicanas y es preferida en casos que involucran empresas multinacionales de los Estados Unidos porque la Sociedad Anónima se asemeja a la *corporation* de aquel país.¹⁵⁸ De tal suerte que ello implica que el capital social se forme con las aportaciones de ambas partes. Por lo tanto el tipo de sociedad que va a resultar va a ser una empresa en co-inversión internacional.

Para nuestro caso y apegado a nuestra legislación tenemos que nuestra sociedad va existir bajo una denominación social, evidentemente que si se busca formar una empresa totalmente distinta de la personalidad de las que participan en la sociedad se asignará una nueva denominación, sin embargo si el caso es de una co-inversión de una empresa matriz extranjera, en este caso la misma deberá otorgar a la subsidiaria una licencia para explotar su denominación, lo cual se podrá incluir en los propios estatutos o en un convenio aparte.

4.1. Los retos en el esquema de exportación al amparo del TLCAN.

Debido a la incorporación de China al comercio internacional y más aún por su alto crecimiento exportador, es que hoy se ha generado un aumento de su participación en el comercio mundial. Según cifras de la UNCTAD, la participación de sus exportaciones subió de un 0,6% en 1977 a un 8,4% en 2003, convirtiendo a China en el 8º principal exportador mundial.

Dentro de los países que se han visto afectados por la entrada de China en el comercio internacional, está el nuestro, ello tiene que ver en realidad con que el mercado de destino es común, en este caso hacia Estados Unidos de América, aunado a que la canasta exportadora es similar. Y en efecto, está dándose un desplazamiento en materia de exportaciones ya que como anotamos las canastas exportadoras son similares y ambos países compiten en un mismo mercado.

¹⁵⁷ **ARTÍCULO 5o.-** El programa dará derecho a sus titulares a importar temporalmente lo siguiente:

I.- Materias primas, partes, componentes, materiales auxiliares, envases, material de empaque, combustibles y lubricantes que se utilicen en el proceso de producción de las mercancías de exportación;

II.- Contenedores y cajas de trailer;

III.- Herramienta, equipos y accesorios de investigación, de seguridad industrial y productos necesarios para la higiene, asepsia, y para la prevención y control de la contaminación ambiental de la planta productiva, manuales de trabajo y planos industriales, así como equipo de telecomunicación y cómputo, y

IV.- Maquinaria, aparatos, instrumentos y refacciones para el proceso productivo, equipo de laboratorio, de medición y de prueba de sus productos y los requeridos para el control de calidad,

para capacitación de su personal, así como equipo para el desarrollo administrativo de la empresa.

Los bienes señalados que se importen temporalmente en términos de este Decreto, podrán permanecer en territorio nacional por los plazos establecidos en la Ley Aduanera.

¹⁵⁸ Op. Cit. Reginald. Pág.337.

Lo que implica que el mercado chino esta siendo más competitivo. Los sectores intensivos donde recae el desplazamiento de los países latinoamericanos en el mercado norteamericano son: manufactura de metales, equipo eléctrico y vehículos de carretera, así mismo también compiten con las exportaciones latinoamericanas hacia los Estados Unidos en hilados, tejidos, prendas de vestir y accesorios.

Aunado a lo anterior, tenemos que los sectores exportadores intensivos de China en exportación son:¹⁵⁹

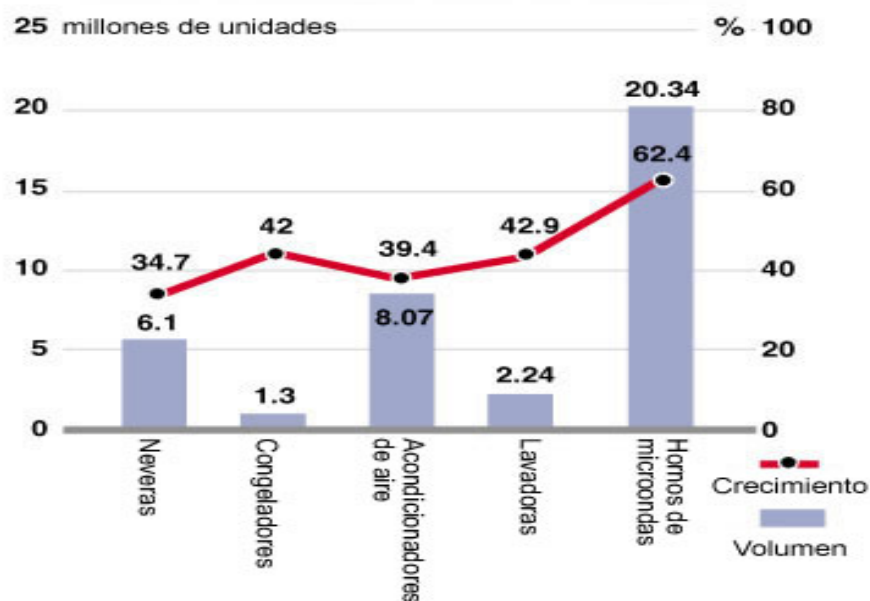
1. Pescado
2. Legumbres y frutas
3. Petróleo
4. Productos Químicos orgánicos
5. Hilados y tejidos
6. Manufactura de minerales no metálicos 1.316
7. Hierro y acero
8. Metales no ferrosos
9. Manufactura de metales
10. Equipo industrial
11. Máq. de oficina y computadores
12. Equipo de telecomunicaciones
13. Equipo eléctrico
14. Vehículos
15. Muebles, camas y artículos de cama
16. Artículos de viaje y bolsos
17. Prendas de vestir y accesorios
18. Calzado
19. Equipo fotográfico y artículos. ópticos

Sin embargo donde tiene mayor presencia es en materia de electrodomésticos, tal y como se muestra en el siguiente gráfico.

¹⁵⁹ Situación del mercado. NI Yanshuo. www.bjinforma.com/index

Gráfico 2:

Productos principales de exportación de China en 2002



Fuente: OCDE

Con base en lo anterior, notamos que China hoy compite en áreas en las que México siempre ha dominado en materia de exportación a EE.UU, dentro de esas áreas tenemos a la maquinaria industrial, equipos de telecomunicación, televisores y videograbadoras, generadores eléctricos y accesorios, textiles y productos de algodón. En tanto, los productos en los que China siempre ha sido dominante hoy México está buscando un espacio (electrodomésticos, equipos de camping, zapatos deportivos y utensilios de cocina).

Al recorrer rápidamente el panorama de las exportaciones chinas y del impacto que su ingreso súbito al comercio internacional ha ocasionado, y sobre todo hacia los Estados Unidos de América en donde ésta teniendo una presencia importante, es que ahora nos vemos en la necesidad de buscar uniones societarias con China en el marco de la legislación mexicana a efecto de complementarnos mutuamente, por un lado en el sentido de que nuestras empresas mexicanas crezcan, accedendo a mercados en los que no ha incursionado y sobre todo accedan a tecnologías que innoven sus sistema de producción haciéndolas más competitivas, por otro lado los socios chinos obtendrían el beneficio de acceder evidentemente al mercado mexicano y sobre todo hacia los mercados en los que México está presente y sobre todo gozaría de las ventajas que los tratados comerciales celebrados por México otorgan, como lo es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, uno de los tratados más importantes celebrados por México por el grado de concesiones que en él se contienen.

En realidad como vemos los beneficios para ambos países son mutuos, como ya mencionamos por supuesto el TLCAN puede ser muy bien aprovechado por los socios chinos, sobre todo en materia de reglas de origen en donde ellos estarían amparados por ésta certificación, lo cual en materia de aranceles es muy atractivo.

Lo anterior es posible toda vez que el tratado prevé la eliminación de todas las tasas arancelarias sobre los bienes que sean originarios del territorio de los países partes (México, Canadá y Estados Unidos). Las reglas de origen determinarán que bienes pueden recibir trato arancelario preferencial y están diseñadas para asegurar que las ventajas del Tratado se otorguen a los bienes producidos en la región de América del Norte y a los bienes que se elaboren en otros países, a través de las reglas claras para obtener resultados previsibles y reduciendo los obstáculos administrativos para exportadores, importadores y productores que realicen actividades comerciales dentro de éste Tratado.¹⁶⁰

Por otro lado, se encuentra la cuestión de reducir costos, sobre todo en materia de transporte, ya que al instalarse plantas productivas en territorio mexicano conjuntamente con los socios mexicanos, los inversionistas se ahorrarían todo en lo a transporte se refiere para el caso de los mercados de América, lo cual abreviaría la entrega de mercancías y evitaría un sin número de contratiempos.

Debemos buscar financiamiento sobre todo para sectores en los que México no es competitivo y que debido a su abandono no han podido ascender en el proceso productivo y económico, entre los sectores más afectados y con falta de competitividad es el sector agrícola, desde luego, en cereales y otros productos básicos donde múltiples elementos (geográficos, subsidios, tecnología, crédito y hasta falta de escrúpulos como en el caso de los transgénicos) hace imposible equipararnos comercialmente y nos va llevando a ser crecientes importadores. En los primeros nueve años (1994–2002) del TLCAN, la producción nacional de maíz creció a una tasa de 0.7% anual promedio, mientras que las importaciones lo hicieron a una tasa de 9.2; la producción de frijol creció a 2.1% y las importaciones a 7.6 anual; la producción de trigo decreció en –2.9% anual y sus importaciones crecieron en 10.5%; la producción nacional de arroz decreció –5.9 anual y sus importaciones aumentaron 10.5 cada año; la producción de algodón se desplomó a un ritmo de –11.9% anual y sus importaciones crecieron al 7.0%. Tal, y como lo muestra el siguiente gráfico:

Agricultura. Producción nacional de básicos e importaciones TLCAN					
(toneladas)					
Cultivos	Producción nacional			Import TLCAN 1994-2002	
	Promedio anual	Anual	TMAC*	Tons. promedio	TMAC*

¹⁶⁰ VIRRAREAL, Corrales Lucinda. *TLC: Las reformas legislativas para el libre comercio 1991-2001*. Tercera edición. Editorial Porrúa. México, 2001. Págs. 48-49.

	1990-93	1994-97	1998-01	2002	1994-2002	anual	(%)
Maíz	15,985,386	18,067,723	18,463,076	19,299,845	0.7	4,585,430	9.2
Sorgo	4,555,062	5,089,018	5,151,007	5,212,943	4.4	3,561,602	3.8
Trigo	3,798,856	3,662,685	3,256,159	3,274,450	-2.9	2,317,913	10.5
Frijol	1,168,008	1,237,353	1,067,664	1,612,437	2.1	103,227	7.6
Cebada	540,658	462,582	584,918	790,824	12.5	152,146	0.6
Algodón H	314,914	590,686	409,197	122,902	-11.9	168,274	7.0
Arroz palay	355,709	401,044	340,678	230,607	-5.9	526,127	10.5
Cártamo	88,119	130,543	160,485	52,879	-2.3	7	19.8
Soya	597,860	238,239	126,776	84,332	-20.4	3,372,513	9.2
Ajonjolí	35,570	24,702	36,692	20,418	11.0	238	-11.0
Total	27,439,941	29,913,575	29,596,632	30,701,637	0.7	14,786,877	7.8
*tasa media anual de crecimiento							
Fuente: FIRA. Fideicomisos Instituidos en Relación con la Agricultura, con datos del Servicio de Información y Estadística Agroalimentaria y Pesquera (SIAP/SAGARPA).							

En el campo mexicano —donde radica cerca de la cuarta parte de la población, y predomina la pobreza— los efectos de la apertura y del TLCAN han sido tremendamente negativos para la mayoría. En los 10 años del Tratado, el comercio exterior agrícola acumula un déficit, puesto que en 2003 las importaciones en el sector agropecuario alcanzaron los 13,850 millones de dólares, mientras las exportaciones alcanzaron los 9,978 millones de dólares.

El campo mexicano se encuentra en crisis. Esta crisis se expresa en el ámbito social en el creciente fenómeno de migración de los jóvenes del campo hacia las ciudades del país y hacia los Estados Unidos (en donde es intolerable que los migrantes mexicanos sigan siendo tratados como intrusos en sociedades a las que han contribuido de manera fundamental), con el consecuente abandono de los campos de cultivo y la reducción de la actividad sectorial. En lo económico, se manifiesta por la reducción de algunos cultivos como el del arroz, el trigo y las oleaginosas; por el incremento en las importaciones de granos alimenticios que debilitan la soberanía alimentaria y, consecuentemente, por el déficit en el comercio agropecuario con el exterior, así como por la creciente importancia de las remesas de nuestros trabajadores en el exterior como sostén principal de la actividad económica en algunas regiones rurales del país.

4.3. Repercusión económica en el mercado mexicano.

Derivado de las anteriores cifras, hoy debemos de maximizar nuestros recursos encausándolos hacia proyectos sólidos y duraderos que vayan en ascenso, sin embargo para ello requerimos de diversos factores, entre ellos y como ya lo apuntamos es la inversión extranjera directa, no obstante ello, también es necesario que el gobierno mexicano se comprometa a garantizar un clima propicio para dichas inversiones, pues dentro de las acciones que el

gobierno le corresponde ejercer, está la seguridad jurídica presente en cuestión de las negociaciones que se hagan con motivo del giro empresarial, así mismo en el caso de China, es fundamental celebrar un Acuerdo para la Promoción y de Protección Recíproca de Inversiones (APPRIS), dado que ello da mayor certidumbre jurídica a los socios chinos que deciden apostarle a México.

Por otro lado en materia tributaria, el gobierno deberá evaluar que, no es idóneo despojar a ultranza de la recaudación a las nuevas empresas que, debido a su incursión en un campo nuevo se les pretenda cobrar anticipadamente un impuesto, cuando aun no están en condiciones reales de generarlo, puesto que inician sus operaciones y necesitan un respiro fiscal para trabajar adecuadamente y posteriormente generar utilidades y estar en condiciones de tributar en virtud de su estabilidad contable; el cobro de impuestos razonable debe aplicarse no sólo en lo que a empresas conjuntas (capital mexicano y extranjero se refiere), sino a cualquier empresa mexicana que se arriesgue a invertir y crear una fuente de empleo y riqueza para el país.

México ha logrado durante el primer decenio del TLCAN una relativa estabilidad macroeconómica, la cual continua. Sin embargo, ésta no consiste sólo en la estabilidad de los precios en los mercados de bienes. Aunque la inflación está bajo control, las condiciones macroeconómicas generales, incluidas los precios clave, como los salarios reales, el tipo de cambio, la tasa de interés y los precios de los activos, que ejercen una fuerte influencia en las decisiones de asignación de recursos y de inversión, han sido negativos. Ello se debe en parte a la mayor inestabilidad de la balanza de pagos y la vulnerabilidad externa asociadas a los choques comerciales y financieros y, en parte, a una pérdida de autonomía de la política macroeconómica, debido a la rápida liberalización y la estrecha integración a la economía estadounidense.

Además otro factor que obstaculiza el crecimiento económico del país es la falta de competitividad, la cual es consecuencia del envejecimiento del aparato productivo, reflejado en las cifras que se destinan para Investigación y desarrollo, pues los gastos para investigación y desarrollo, como indicador de la inversión realizada para ampliar el ámbito de competencia tecnológica, son bajos desde hace décadas.

La competitividad que México debe cubrir, está asociada con cuatro elementos básicos: la calidad, u opción del productor de interpretar las demandas, necesidades y expectativas del cliente, la productividad ó requerimiento de los productores de obtener el máximo de unidades de producto por unidad de materia prima utilizada, la rentabilidad del negocio determinada por la diferencia entre el total de gastos y costos del período respecto a la utilidad generada durante el mismo período y por último, la oportunidad, ó sea la entrega del producto elaborado al cliente acorde con sus especificaciones en el sitio y momento requerido. Estos elementos deben considerarse íntimamente relacionados, interdependientes, asociados a un proceso productivo con objetivos y propósitos claramente definidos por las organizaciones.

Debemos canalizar nuestras acciones hacia la creación de un entorno sustentado en el esfuerzo colectivo de las empresas y con la iniciativa conjunta

de las asociaciones empresariales, el estado y otros actores sociales, lo cual conllevaría hacia un desarrollo económico progresivo y competitivo.

Un elemento adicional en el análisis tiene que ver con la exigencia que los distintos mercados internacionales realizan a la producción de los distintos países y es la certificación ISO. La Organización Internacional de Estandarización al tratar de homologar las especificaciones válidas para el comercio internacional, recomienda a las distintas empresas estructurarse con enfoque en procesos certificados internacionalmente.

Con este panorama, lo que buscamos es que se construya como ya hemos apuntamos la creación de sociedades conjuntas, lo cual puede ser apoyado por el gobierno mexicano al desarrollar sus vínculos con China desde una perspectiva de socios, aprovechando las oportunidades que ofrece el gran mercado chino, creando las condiciones para fomentar asociaciones entre nuestras empresas".

Con éste cúmulo de acciones lo que se pretende es, satisfacer los intereses de la población mexicana en niveles de ingreso y coeficientes de ahorro e inversión, capaces de sostener un proceso de desarrollo en la economía global.

Sin embargo, los proyectos de inversión que se desarrollen en México al amparo de la legislación vigente deben ser materializados en un escenario equilibrado en donde no existan condiciones ventajosas para nadie, no pretendemos convertirnos en una China en el sentido de que la generación de más empleos signifique una baja en los estándares laborales para los trabajadores; ello implica que en efecto haya una correspondencia entre la utilidad que para el empresario genera su empresa y por el otro lado que haya para el trabajador una elevación en su nivel de vida y no sólo del trabajador, y no se una desvalorización del trabajo humano, y el incremento evidente de la exasperación social, las corrientes migratorias a cualquier costo, e incluso de la criminalidad.

Una gran dificultad para la inserción de las empresas latinoamericanas, en la economía mundial, es su tamaño. Se consideran empresas con bajo potencial de desarrollo y exportación. "La oficina de CEPAL en Buenos Aires estima que sobre las 65000 pequeñas y medianas empresas existentes, solo algunos cientos de ellas estarán en condiciones de desarrollar potenciales de exportación".

Todo ello con un objetivo principal: el progreso social acelerado a partir del empleo productivo, la remuneración justa y la equidad redistributiva.

Debe fortalecerse la competitividad de las micro, pequeñas y medianas empresas y del sector social de la economía para elevar su participación en el mercado interno y en las exportaciones. Apoyar al sector agropecuario y silvícola con el objetivo de recuperar la soberanía y autosuficiencia alimentaria, preservar nuestra biodiversidad, cultura y prácticas sustentables de producción, así como regular el capital especulativo, promover la inversión productiva y, finalmente, fortalecer las regulaciones sociales y ambientales.

4.4. Solución de Controversias Comerciales.

4.4.1 Arbitraje

El intercambio comercial internacional, ha experimentado un intenso cambio debido a factores como el avance tecnológico en las telecomunicaciones, la disminución del uso de papeles, el uso de los términos del comercio mundial llamados Incoterms, el uso de la Internet y muy recientemente el cada vez más cotidiano comercio electrónico, en razón de ello los sectores público y privado se han visto obligados a buscar mecanismos que protejan y promuevan dicha actividad, encontrando en los métodos alternativos de solución de controversias un camino adecuado para la solución de estos problemas.¹⁶¹

La Joint Venture y cualquier otro tipo de contratación mercantil internacional, puede verse alterada en su equilibrio si se pierde la cobertura de riesgos y se puede ocasionar pérdida de tiempo, dinero, desacuerdos, litigios y procesos, cuando el inversionista extranjero desconoce las prácticas comerciales de los países a los que se somete el contrato a la legislación del país de destino. Para superar la inconveniencia de someterse a cualquier ordenamiento nacional se acude al arbitraje comercial, ya sea para evadir el procedimiento, la ley sustantiva o que el juez decida la cuestión.

El arbitraje, la mediación y la conciliación son la expresión concreta de la autonomía de la voluntad de dos sujetos o partes que deciden que sus conflictos sean resueltos por un tercero a fin de minimizar los efectos negativos de un litigio actual o potencial. El laudo arbitral tiene el mismo valor que una sentencia dictada en sede judicial, pero los tribunales de arbitraje no tienen ningún poder para ejecutarlos. Los laudos son mayoritariamente aceptados por el vencido como una confirmación del empeño de las partes en resolver sus conflictos de intereses de una manera austera y definitiva.¹⁶²

4.3.1.1 Reglas de la CNUDMI

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) fue establecida por la Asamblea General en 1966 (resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966), quien reconoció que las disparidades entre las leyes nacionales que regían el comercio internacional creaban obstáculos, por lo que consideraron que la Comisión, podrían desempeñar un papel más activo en la reducción o eliminación de esos obstáculos. La Comisión se integró por 60 Estados miembros elegidos por la Asamblea General, quienes representan a las diversas regiones geográficas y a los principales sistemas económicos y jurídicos. Los miembros duran en su cargo seis años y el mandato de la mitad de ellos expira cada tres años.

¹⁶¹ Eric Coufal Díaz Garza y Manuel Rodríguez Díaz. GACETA MERCANTIL, órgano informativo mensual de la Cámara Nacional de Comercio de Guadalajara. 1 de Julio de 2000 No. 233 II Siglo. Páginas 30 – 32.

¹⁶² BRISEÑO, Ruiz Humberto. El Arbitraje Privado (Situación Internacional), Ediciones del Instituto de Derecho Comparado. México, 1963. Págs. 11-15.

Se le otorgó a la Comisión el mandato general de fomentar la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional, convirtiéndose en el órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional.

Desde su creación ha dedicado sus esfuerzos a la unificación del derecho comercial internacional a través de la preparación de instrumentos legislativos y no legislativos, diseñados para asistir a la comunidad internacional en la modernización y armonización de esta materia.

Sentó las bases del arbitraje comercial moderno a través de su "Reglamento de arbitraje" (1976), la "Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional" (1985) y las "Notas sobre la organización del proceso arbitral" (1996), desde su sede en Viena, donde fue trasladada a fines de los años setenta.

Tiene a su cargo el seguimiento y el estudio de la implementación de la **Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras**, ratificada por 128 países y uno de los instrumentos más exitosos producidos por Naciones Unidas.¹⁶³

Desde su implementación continúa siendo la piedra angular del arbitraje comercial internacional moderno, lo cual demuestra que es una exitosa producción jurídica en el campo del Derecho Internacional Privado, con el fin de facilitar la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros a través de normas claras y simples, cuya aplicación abarca a los laudos arbitrales dictados en cualquier Estado ratificante distinto del país donde se promueve la ejecución.

Dado que es una norma de carácter internacional, admite 2 reservas: la de reciprocidad, y la denominada "reserva comercial", la cual permite que, los Estados ratificantes puedan declarar que sólo la aplicarán a los litigios surgidos de relaciones jurídicas consideradas comerciales por su derecho interno. Si un Estado no deposita esta reserva, la Convención se aplicará también a cuestiones no comerciales.

Tenemos entonces que corresponde a la legislación interna de cada Estado la calificación de cuales son sus relaciones comerciales y cuales no.

La razón de dicha reserva fue facilitar la adhesión de países del "civil law" que poseen -en general- códigos civiles y comerciales separados, quienes solicitaron la reserva, puesto que admitían al arbitraje sólo en cuestiones reguladas por sus códigos de comercio; que a su vez eran las únicas que podían ser objeto de transacción.

Cabe mencionar que la Convención de Nueva York, en materia procesal, invirtió por primera vez la carga de la prueba; lo cual implica que, el que alega la nulidad del laudo y rechaza su ejecución es quien debe probarlo, pues se presume su validez en tanto no se pruebe lo contrario, es decir, es una presunción *iuris tantum*.

¹⁶³ www.uncitral.org

Por lo que toca al **Reglamento de arbitraje de 1976**,¹⁶⁴ (aprobado mediante resolución 31/98 de la Asamblea General de la ONU el 15 de diciembre de 1976), el mismo fue creado como un cuerpo de normas autónomas sobre procedimientos arbitrales internacionales que las partes pueden elegir; enfatizando su carácter opcional, se prevé que éstas puedan modificarlas como lo estimen más conveniente.

El reglamento se compone de 41 artículos, divididos en cuatro secciones. La primera se ocupa de las notificaciones en general, el cálculo de períodos de tiempo, notificación del arbitraje, de la representación y de la asistencia. La segunda regula el número de árbitros, el método de designación, recusación, reemplazo, y la reiteración de audiencias en caso de sustitución de árbitros. La tercera incluye previsiones y reglas específicas concernientes al lugar de arbitraje, idioma a utilizar, escritos de petición y defensa, períodos de tiempo para prueba, audiencias y pérdida del derecho de objetar el laudo. La cuarta sección contiene reglas sobre la forma en que el tribunal toma sus decisiones, la forma y efectos del laudo, la ley aplicable (incluyendo las instancias donde el tribunal está autorizado a decidir como amigable componedor o ex aequo et bono) su interpretación y corrección, los laudos parciales y las costas.

Estas reglas constituyen un marco estandarizado, diseñado para arbitrajes ad hoc. Fueron diseñadas para proveer un cuerpo de reglas internacionales para el arbitraje comercial internacional que pudieran ser aceptadas de manera opcional en Estados con sistemas legales.

El reglamento provee de una guía detallada de algunos aspectos del procedimiento arbitral, y reconoce la autonomía de las partes, lo cual permite adecuar los procedimientos a la medida de cada caso particular, tomando en cuenta las expectativas de quienes arriban al arbitraje con diferente bagaje cultural y legal.

Cumpliendo con su función, en 1985 la Comisión propuso la **Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional**, la cual influyó aún más de manera directa en las legislaciones nacionales sobre arbitraje internacional. Esta contiene una completa y autónoma disciplina del instituto; trata ampliamente los distintos temas que involucran al arbitraje comercial internacional desde el nacimiento del convenio arbitral hasta su reconocimiento y ejecución.

La idea de una Ley Modelo se originó en la importancia del arbitraje como instrumento para la solución de las controversias comerciales internacionales y la constatación de que las diferentes soluciones contenidas en las legislaciones nacionales no ofrecen en muchas ocasiones la seguridad que las partes buscan.

Por lo tanto dicha ley, promueve la uniformidad del derecho procesal arbitral y la armonización y el perfeccionamiento de las leyes nacionales. Es decir, que debido a la disparidad de las leyes nacionales, locales, y la cuestión de elección del lugar del arbitraje, se soluciona son la adopción de un instrumento internacional conocido por todo el orbe.

¹⁶⁴ *Op. Cit. Sierralta Ríos. Pág. 250.*

Por lo que, se prefirió el mecanismo flexible de una Ley Modelo en lugar de una Convención, para que los Estados pudieran de esta forma incorporarla de manera autónoma a su legislación interna. Lo cual refleja sin lugar a dudas un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje comercial internacional.

El criterio elegido fue armonizar su contenido con la Convención de Nueva York de 1958 y con las Reglas de Arbitraje de 1976. Se inspiró en el principio fundamental de la libertad de las partes.

Asimismo, reconoce amplios poderes discrecionales a los árbitros y verifica un notable progreso en punto al control judicial de la decisión arbitral. Los motivos de recurso contra el laudo son limitados y taxativos, coincidentes con los que pueden obstar a su reconocimiento y ejecución al estipular normas sobre el reconocimiento y ejecución que siguen las reglas de la Convención de Nueva York de 1958.

Ahora bien, si en un país se denegó la ejecución de un laudo se puede ejecutar en otro; ello es diferente que cuando se declaró la nulidad del laudo que en este caso no puede ser ejecutado en ningún estado.

Respecto de los casos que se han resuelto en el foro de la CNUDMI, invocando normas del TLCAN, se encuentran los siguientes:

***GAMI Investments**, Abril 9, 2002*. Instancia: CNUDMI. Indemnización solicitada: \$55 millones de dólares. Inversionistas estadounidenses minoritarios en ingenios azucareros mexicanos, demandaron al gobierno de México por no garantizar la rentabilidad de los ingenios, y por la expropiación de 5 ingenios fuertemente endeudados en septiembre de 2001. Un tribunal del TLCAN denegó todos los cargos en noviembre de 2004, tras la decisión de la Suprema Corte mexicana de revertir las expropiaciones en cuestión.*

***Ethyl**, Abril 14, 1997*. Instancia: CNUDMI. Indemnización solicitada: \$250 millones de dólares. Empresa química de EE.UU. impugna regulación ambiental canadiense del aditivo para gasolinas MMT. Julio de 1998 – Canadá pierde el caso por fallo del tribunal competente del TLCAN, deroga la prohibición, y paga \$13 millones de indemnización y por concepto de honorarios legales a Ethyl.¹⁶⁵*

4.3.1.2 Reglas del CIADI

El **Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones**, fue creado por el Banco Mundial, por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados que, entró en vigor el 14 de octubre de 1966 (ratificado por 20 países). A la fecha 140 países han ratificado el convenio.

¹⁶⁵ BOTTARI, Mary y WALLACH, Lori. *Lecciones para los Tratados de Libre Comercio en las Américas*. Publi-Citizen. Wahsington, DC, 2005.

El CIADI es una institución del Grupo del Banco Mundial, diseñada para propiciar la solución de disputas entre gobiernos y nacionales de otros Estados. Una de sus finalidades es dotar a la comunidad internacional con una herramienta capaz de promover y brindar seguridad jurídica a los flujos de inversión internacionales.

El CIADI proporciona servicios para la conciliación y el arbitraje de diferencias en materia de inversión entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes.

Hoy, hay cerca de 1500 tratados bilaterales de inversión así como varios acuerdos multilaterales como el TLCAN o el Tratado de la Carta de Energía que prevén la cláusula de arbitraje ante el CIADI para la solución de controversias relacionadas con la inversión.

Entre sus funciones se establece que el Centro facilitará la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de Otros Estados Contratantes, a un procedimiento de conciliación y arbitraje.

Adicionalmente, el CIADI realiza estudios académicos sobre legislación de arbitraje y elabora publicaciones sobre el arreglo de diferencias respecto de las inversiones internacionales.

El Secretario General del CIADI es el *funcionario principal* de ese organismo y su representante legal, siendo responsable además de su administración. Igualmente, se encarga de nombrar árbitros a petición de las partes para establecer procedimientos de arbitraje ad-hoc, especialmente en el contexto de las reglas de arbitraje de la UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional).¹⁶⁶

Algunos de los casos resueltos al amparo del CIADI y con respecto al TLCAN, encontramos:

Waste Management, Septiembre 29, 1998*. Instancia CIADI. Indemnización solicitada: \$60 millones de dólares. Empresa gigante estadounidense de eliminación de desechos demanda al Gobierno de Acapulco por revocar concesión para la eliminación de desechos, implicando también a las cortes mexicanas y las acciones de los bancos del gobierno de México. Abril de 2004 – Demanda denegada. El tribunal consideró que el plan de negocios del inversionista estaba basado en premisas no sustentables, y que ninguno de los órganos de gobierno nombrados en la denuncia faltó a su obligación de brindarle nivel mínimo de trato y que las acciones de la ciudad no representaban una expropiación.

Metalclad Enero 13, 1997*. Instancia: CIADI. Indemnización solicitada: \$90 millones de dólares. Empresa de EE.UU. impugna la decisión del municipio mexicano de Guadalcazar por denegarle el permiso de construcción para un vertedero de desechos tóxicos, y la declaratoria del sitio como reserva ecológica por parte del gobernador. Agosto de 2000 – un tribunal del TLCAN dictaminó que la denegación del permiso de construcción y la creación de una reserva ecológica

¹⁶⁶ www.worldbank.org

son equivalentes a una expropiación "indirecta" y que México violó el nivel mínimo de trato garantizado a los inversionistas extranjeros porque a la empresa no se le brindó un marco regulatorio "claro y predecible". En octubre de 2000, el gobierno Mexicano recusó el fallo del TLCAN en una corte canadiense alegando error en el arbitraje. Un juez canadiense dictaminó que el tribunal erró en parte, al trasladar los requisitos de transparencia del Capítulo 18 del TLCAN al Capítulo 11 y redujo la indemnización en 1 millón de dólares. En 2004, por decisión de la Suprema Corte de México, el gobierno nacional mexicano fracasó en su intento de imputarle la responsabilidad financiera del caso al gobierno estatal.¹⁶⁷

4.3.2 Capítulo XX del TLCAN

Los mecanismos de solución de controversias previstos en el TLCAN son un mecanismo general y un mecanismo sobre inversión, revisten gran importancia para México puesto que han servido de modelo para los más de 10 tratados de libre comercio negociados por México, así como para los APPRIS, respectivamente, y actualmente se utilizan también como modelo en las negociaciones en curso en las que participa nuestro país, incluyendo las negociaciones en Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA). Esto se traduce en más 12 países de América que comparten mecanismos similares a los contenidos en el TLCAN.

Ahora bien el TLCAN contiene 3 tipos de mecanismos para la solución de controversias que se distinguen por: *i)* el tipo de disputas que cada uno pretende resolver, *ii)* los sujetos que intervienen en ellos; *iii)* las reglas de procedimiento que les aplican y *iv)* las consecuencias de sus decisiones, a saber:

1. El mecanismo general, para resolver controversias Estado contra Estado sobre la interpretación y aplicación del tratado, contenido en el capítulo 20;

2. El mecanismo sobre cuotas antidumping y compensatorias, para resolver controversias entre los particulares contra el Estado sobre dicha materia, contenido en el capítulo 19; y

3. El mecanismo sobre inversión, para resolver controversias entre los inversionistas y el Estado, contenido en el capítulo 11 del tratado.¹⁶⁸

En primer lugar debemos mencionar al "mecanismo general", al cual, se le llama así porque en principio es aplicable a todas las controversias derivadas del tratado. Este mecanismo puede ser activado por cualquiera de las Partes, por controversias derivadas de la aplicación o interpretación del tratado ya sea por medidas vigentes o en proyecto, o cuando sin violar expresamente las disposiciones del tratado las medidas adoptadas por una de las Partes causen **anulación o menoscabo**. Este último concepto se refiere a aquella situación en la que un Estado no permite a la otra Parte o a sus particulares, gozar de los beneficios acordados en el texto negociado, tales como las reducciones

¹⁶⁷ *Op. Cit.*

¹⁶⁸ CRUZ, Miramontes Rodolfo. *El Arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México*. Editorial Porrúa-UNAM. México, 2004. Págs. 114-115.

arancelarias o la eliminación de obstáculos técnicos al comercio entre otros, no obstante que no se estén violando ninguna disposición expresa del tratado.

No obstante lo anterior, existen determinadas controversias que no puede ventilarse conforme a este mecanismo tales como las controversias sobre cuotas antidumping y cuotas compensatorias, así como las relacionadas con la inversión y los servicios financieros, ya que estas deben ser sometidas a los mecanismos establecidos expresamente para ellas.

Otra característica importante del mecanismo general es que este no excluye la posibilidad de que las controversias derivadas del tratado se puedan ventilar en otro foro cuando la controversia sea susceptible de ello, para lo cual se establece una **cláusula de exclusión de foros**.¹⁶⁹ Dicha cláusula prevé que una vez que la parte reclamante haya iniciado un procedimiento de solución de controversias conforme al tratado o bien uno conforme a la OMC, el foro seleccionado será excluyente del otro (esto evita el tener que atender la misma controversia en dos foros distintos y la eventual posibilidad de obtener dos decisiones contradictorias sobre el mismo asunto).

Este mecanismo contempla **3 etapas**: la primera de carácter administrativo y las otras dos de carácter contencioso. Estas etapas son:

1. Consultas entre las Partes;
2. Reunión de la Comisión de Libre Comercio; y
3. El procedimiento ante un Pánel arbitral.

Todos los plazos previstos en estas etapas del procedimiento, deberán verse reducidos si la controversia versa sobre bienes agropecuarios perecederos.

Las consultas:

En esta etapa cualquiera de las partes podrá solicitar por escrito a la otra u otras Partes la realización de consultas respecto de cualquier medida adoptada o en proyecto, o respecto de cualquier otro asunto que considere pudiese afectar el funcionamiento de este tratado, el objetivo de las Consultas es el que las Partes hagan todo lo posible por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria sobre cualquier asunto, para lo cual aportarán información suficiente que permita un examen completo de la manera en que la medida adoptada o en proyecto, o cualquier otro asunto, que podría afectar el funcionamiento del tratado, así mismo procurarán evitar cualquier solución que afecte desfavorablemente los intereses de cualquier otra Parte.

En caso de que la controversia no se resuelva por medio de las consultas cualesquiera de las Partes consultantes podrá solicitar por escrito que se reúna la Comisión dentro de un plazo máximo de 45 días.

¹⁶⁹ Artículo 2005 del TLCAN.

La reunión de la Comisión de libre comercio:

La Comisión tendrá la facultad de lograr una solución satisfactoria, para lo cual podrá convocar asesores técnicos o crear los grupos de trabajo o de expertos que considere necesarios; recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación o a otros procedimientos de solución de controversias; o formular recomendaciones para apoyar a las Partes que participaron en las consultas a lograr una solución mutuamente satisfactoria de la controversia.

Si la controversia no se resuelve en la etapa de la Comisión dentro de los 30 días posteriores a la reunión, cualquiera de las Partes podrá solicitar por escrito el establecimiento de un panel arbitral.

Tercera Etapa: Integración del Pánel:

Para la integración de un panel las partes tienen la obligación de establecer una lista de hasta treinta individuos (10 individuos propuestos por país) que cuenten con las aptitudes y la disposición necesarias para ser panelistas. Los miembros de la lista serán designados por consenso, por periodos de tres años, y podrán ser reelectos, dichos miembros deberán tener conocimientos especializados o experiencia en derecho, comercio internacional, otros asuntos de este tratado, o en la solución de controversias derivadas de acuerdos comerciales internacionales, y ser electos estrictamente en función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio. La idea subyacente de establecer listas acordadas por las tres Partes es el que al momento de surgir una controversia, si las Partes no se ponen de acuerdo en los miembros del panel estos puedan ser designados de manera inmediata de entre los miembros de la lista. Sin embargo, el acordar esta lista le ha llevado a las partes más de 5 años, para únicamente acordar 15 y no 30 miembros como se tiene previsto, a la fecha las Partes no han podido llegar a un acuerdo sobre los 15 miembros restantes.

El capítulo 20 establece las características que deben cumplir los miembros de la lista; entre ellas están:

Ser independientes, no estar vinculados con cualquiera de las partes, y no recibir instrucciones de las mismas; y prevé un código de conducta para los miembros (un código de comportamiento al que deberán sujetarse los panelistas principalmente para garantizar su imparcialidad en los procedimientos)

Los paneles establecidos en este capítulo están integrados por cinco miembros y en caso de no llegar a un acuerdo los miembros se elegirán de entre la lista y el presidente del panel por sorteo, siempre y cuando este no sea ciudadano de la parte que designa.

A menos que las partes contendientes acuerden otra cosa, el acta de misión del panel será: examinar, a la luz de las disposiciones aplicables del tratado, el asunto sometido a la comisión (en los términos de la solicitud para la reunión de la comisión) y emitir las conclusiones, determinaciones y recomendaciones pertinentes.

El procedimiento consta de un escrito inicial; una audiencia; presentación de escritos complementarios, emisión de un informe preliminar, comentarios de las Partes a dicho informe y emisión de un informe final. Dicho procedimiento estará sujeto a las reglas de procedimiento acordadas por las Partes. Hay que mencionar que tanto el código de conducta de los panelistas como las reglas de procedimiento no están incluidas en el texto del acuerdo ya que fueron negociados por las Partes de manera separada del texto del acuerdo, ambos documentos fueron debidamente adoptados por la Comisión de Libre Comercio en su oportunidad.

Una vez que han transcurrido todas las etapas y el p nel ha emitido su informe final, las Partes contendientes deberán convenir en la solución de la controversia, la cual, por lo regular, se ajustará a las determinaciones y recomendaciones de dicho p nel, y notificarán a sus Secciones del Secretariado toda resolución que hayan acordado (el Secretariado es un órgano establecido en el propio tratado, y es el encargado de administrar los procedimientos de solución de controversias conforme al mismo). En caso de que no se cumpla con lo que establece el informe final o con el acuerdo entre las Partes, la Parte reclamante podrá suspender beneficios a la parte demandada cuando el p nel ha resuelto que una medida es incompatible con las obligaciones de este tratado o es causa de anulación o menoscabo.

La **suspensión de beneficios** deberá ser de efectos equivalentes al perjuicio causado a la parte demandante, y permanecerá en vigor hasta el momento en que las Partes alcancen un acuerdo sobre la resolución de la controversia. En caso de que dicha suspensión implique un exceso en la suspensión de beneficios la comisión instalará un p nel que determinará si dicha suspensión es manifiestamente excesiva. Todo el procedimiento es administrado por la **Sección Nacional del Secretariado** establecido en el propio tratado. El Secretariado es un ente administrativo que pretende garantizar la imparcialidad del procedimiento y agilizar las tareas administrativas del procedimiento.

Este mecanismo ha sido utilizado en más de 15 ocasiones, pero únicamente tres casos han llegado al establecimiento de un p nel arbitral:

1. En el caso entre Estados Unidos contra Canadá en materia de Productos lácteos, avícolas y huevo. Este procedimiento fue resuelto el 2 de diciembre de 1996, con la decisión del p nel en la que determinó que la imposición de un arancel-cupo por parte de Canadá, a productos lácteos, avícolas y huevo proveniente de EE.UU., era congruente con las disposiciones del TLCAN;

2. En el caso entre México contra Estados Unidos por la salvaguarda impuesta a las Escobas de Mijo provenientes de México. Este caso fue resuelto el 30 de enero de 1998, con la decisión del p nel en la que se determinó que la medida de salvaguarda de los Estados Unidos, resultaba violatoria del TLCAN; y

3. En el caso entre México en contra de Estados Unidos, por impedir el paso del transporte de carga de México a los Estados Unidos, dicho caso concluyó el 5 de febrero del 2000 por unanimidad del panel, el cual determinó que la negativa generalizada por parte de Estados Unidos de revisar y considerar para

aprobación cualquier solicitud de transportistas de propiedad mexicana de autorización para prestar servicios de transporte fue y continúa siendo un incumplimiento de las obligaciones de Estados Unidos conforme al TLCAN.¹⁷⁰

Expuesto lo anterior, cabe mencionar que éste Capítulo será bienvenido en los casos en los que México observe que, no se están cumpliendo los términos del Tratado, ello reviste importancia en el supuesto de que al constituir las empresas mexicanas sociedades de co-inversión con socios chinos, y en el ejercicio de su actividad pretendan exportar hacia los países del TLCAN, dichas empresas deberán recibir el mismo trato que si fueran totalmente mexicanas, dado que su inversión ésta avalada por el gobierno mexicano. Sobre todo para el caso de que se respeten las reglas de origen.

¹⁷⁰ *Op. Cit. Págs. 117-127.*

CONCLUSIONES

1. Con base en lo vertido a lo largo de ésta investigación y derivado del análisis hecho respecto de como está nuestra situación a nivel de inversión, creemos pertinente advertir que, se requiere de un cambio en las políticas empresariales y gubernamentales tendientes a proyectar la competitividad de las empresas, bajo la premisa: “liberalización de flujos de inversión para vincular internacionalmente al capital nacional y facilitar su expansión, aprovechando la ventaja comparativa de la mano de obra mexicana en un contexto de seguridad”.
2. Propiciar el aprovechamiento máximo de la experiencia empresarial internacional, a través del cambio en la actitud y en la mentalidad del empresario, teniendo a plantearse la necesidad de estructurar organizaciones flexibles, no solo con posibilidades de adaptarse al voluble cambio en cuanto a demandas y exigencias de su segmento, sino con la posibilidad de buscar nuevos mercados en los cuales incursionar.
3. La construcción de un tipo de organización que se diseñe y crezca, de afuera hacia dentro, desde las necesidades, demandas y exigencias de los clientes, pues una correcta ó incorrecta interpretación de las mismas traerá como resultado un sólido o débil posicionamiento de la organización en el mercado.
4. El objetivo es disminuir la pronunciada desigualdad regional que persiste en nuestro país, sobre todo entre grandes empresas con sistemas productivos modernos y un universo de pequeñas y medianas empresas intensivas en mano de obra y con procesos productivos poco eficientes. Debemos de inclinarnos hacia una dinámica de crecimiento de las ciudades medias, buscando los factores de localización industrial y por lo tanto atraer hacia ellas a la inversión extranjera directa, lo cual provocará que la desigualdad en el desarrollo de las estructuras económicas regionales y la alta concentración de las inversiones e infraestructura en pocos puntos del territorio se elimine, lográndose así una eficaz distribución de los beneficios del crecimiento económico.
5. Con el fin de que el desarrollo económico del país sea equilibrado, el gobierno debe establecer incentivos a las empresas cuya localización industrial se sitúe en ciudades y regiones con menores ventajas competitivas. Se requiere sin duda la creación de infraestructura que ligue transversalmente al país, por ello debe darse una modernización y desarrollo de puertos industriales, dado que el deterioro de la infraestructura determina el destino de las inversiones a unas pocas regiones del país y deja de lado al resto.
6. Con respecto a las concertaciones empresariales que las empresas mexicanas celebren, podemos afirmar que con las ventajas que ofrece el TLCAN, la inversión de terceros países en México (en este caso China), sería provechosa pudiendo gozar de los beneficios de las reglas de origen

respecto de las exportaciones mexico-chinas hacia los país del TLCAN y así expandir su mercado con preferencias comerciales.

7. Podemos asegurar que a través de estas concertaciones empresariales, se elevará la calidad de los productos mexicanos, debido a su contacto con los avances tecnológicos que los inversionistas puedan aportar a la relación empresarial. Así mismo el inversionista extranjero gozará de la disminución de barreras artificiales al libre flujo de bienes y servicios, en términos de las concesiones del TLCAN y al amparo de la cláusula de Trato Nacional y de la Nación Más Favorecida.
8. El control de las empresas mexicanas de co-inversión puede compartirse entre los inversionistas extranjeros y nacionales. En este sentido es idóneo que la ley de inversiones extranjeras regule la inversión extranjera en México, brindando oportunidades a los empresarios e inversionistas mexicanos para asociarse con inversionistas extranjeros (en ocasiones con multinacionales), lo cual representa un importante incentivo para activar la inversión mexicana y más importante, asimilar la tecnología, técnicas, procedimientos, operaciones y demás factores que facilitarán el mayor desarrollo de la industria nacional.
9. En una política de co-inversión, inversión mexicana e inversión extranjera, apegada a las legislaciones mercantil y de la inversión extranjera en México, se establecen disposiciones y principios conforme a los cuales los inversionistas extranjeros y nacionales pueden diseñar los estatutos de una sociedad de co-inversión para definir su participación efectiva en los órganos de administración. Así mismo, existe la posibilidad de excepcionar a la inversión extranjera en ciertas áreas en las cuales se requiere de mayoría de capital mexicano en las empresas, es decir, que se pueda dar una mayoría de capital extranjero, ello con el fin de asegurar la transferencia efectiva de tecnología adecuadas a fomentar las exportaciones necesarios para el desarrollo nacional, estimulando a su vez la inversión de empresarios mexicanos en proyectos con empresarios extranjeros.
10. Una de las ventajas de formar una empresa de co-inversión es la de reducir la inversión inicial en éste negocio (cuando no se cuenta con los recursos necesarios para llevar a cabo un proyecto), dado que al compartir la propiedad de la empresa, los inversionistas extranjeros y nacionales comparten la inversión original y dividen los gastos en proporción a su participación en el capital social, lo cual sirve para reducir el riesgo financiero de la inversión, así mismo, se optimiza la forma de manejar a la empresa con base en las experiencias empresariales de cada uno de los inversionistas. A su vez es aconsejable que el inversionista extranjero se asocie con una empresa que ocupe una buena posición en el país anfitrión (México), facilitándose así la distribución y el mercadeo de los productos debido al conocimiento por parte del inversionista nacional sobre las prácticas comerciales y legales en el país anfitrión.

11. Otra ventaja es la localización geográfica de México lo cual significa la ampliación de nuevos mercados. Bajo la premisa de que México ofrece un sin número de actividades en las cuales la inversión extranjera en conjunción con la nacional pueden explotar de manera sustentable los recursos que el país ofrece, tanto naturales como de mercado, pues México, según datos de la Secretaría de Economía y Bancomext:

- ✓ Está ubicado en dos grandes regiones con características muy contrastantes: la región Neártica (templada) y la Neotropical, lo que origina una variedad importante de ecosistemas donde se concentra cerca del 10% del total de especies conocidas en el mundo.
- ✓ Es un importante productor y exportador de hortalizas y frutas.
- ✓ Ofrece grandes oportunidades de negocios tanto en el mercado interno como en el externo tomando en consideración dos puntos fundamentales, su situación geográfica que lo ubica dentro de una región con alto potencial para el desarrollo de negocios con Estados Unidos y Canadá y con los países de el Caribe, Centro y Sudamérica; y por su apertura comercial, a través de la cual se tienen Tratados de Libre Comercio.
- ✓ Ofrece ecoturismo desde el punto de vista comercial.
- ✓ Ocupa el 1er lugar como productor del aguacate.
- ✓ Tiene una vocación turística importante, pues contamos con playas, zonas arqueológicas y ciudades coloniales.
- ✓ Posee riquezas mineras.

12. Como podemos apreciar México debe crecer económicamente, pues en cuestión de recursos naturales y humanos, posee todo el potencial para hacerlo, sin embargo, es necesario que la IED ayude con ésta tarea y también que el gobierno mexicano, quien tiene la obligación de ofrecer un clima viable para todos los actos lícitos que se ejecuten en su territorio, elevando y manteniendo un nivel sano de seguridad social, política, jurídica y económica, y sobre todo ser firme en cuanto a protección ambiental y combate a la corrupción se refiere, pues ese hecho bastará para que México sea aún más atractivo para el inversionista extranjero y también el nacional, pues convencidos del excelente ambiente en general optarán por apostarle a establecer un negocio y generar una cadena de beneficios infinita.

13. Finalmente las ventajas para los inversionistas de las *joint ventures China-México* radica en que, tanto inversionistas chinos como mexicanos gozarán de la incursión en los mercados en que ambos participan, en tanto que dichos socios estarán amparados bajo el esquema del TLCAN hacia Canadá y Estados Unidos con todos los privilegios establecidos en el mismo, lo cual se expresa en la posibilidad de que los socios chinos en penetren al mercado de la zona de libre comercio del TLCAN. Principalmente el beneficio radica en que tanto México como China tienen como mercado de exportación a los Estados Unidos, en donde México posee larga experiencia en cuanto a la exportación hacia ese mercado, lo cual facilitará a los socios chinos en penetrar a este mercado pero bajo las reglas del TLCAN, lo cual implicará que los procedimientos de exportación

sean más expeditos y bajo otro orden, dado que al ser los chinos socios de mexicanos y por tanto tener localizadas en territorio nacional sus industrias, los costos de las operaciones realizadas serán menores y con un trato nacional; con este panorama se puede apreciar que el éxito de este tipo de asociaciones entre México y China, estará garantizado en un clima de beneficios mutuos.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) ARCE, Gargollo Javier. Contratos Mercantiles Atípicos. Editorial Trillas. Segunda Edición. México, 1993.
- 2) ARTEAGA, Mabel. Las Conferencias Interamericanas Especializadas en Derecho Internacional Privado (CIDIP). Boletín Electrónico.
- 3) BARRERA, Graf Jorge. Inversiones Extranjeras. Régimen Jurídico. Editorial Porrea. México, 1975.
- 4) BOLAÑOS, Linares Rigel. Inversión Extranjera. Editorial Porrúa. México, D.F., 2002.
- 5) BRISEÑO, Ruiz Humberto. El Arbitraje Privado (Situación Internacional), Ediciones del Instituto de Derecho Comparado. México, 1963.
- 6) COLAIACOVO, Juan Luis, otros. Joint Venture y otras formas de Colaboración Empresarial Internacional. Ediciones Macchi. Buenos Aires Argentina.1992.
- 7) COUFAL, Díaz Garza Eric y Manuel Rodríguez Díaz. GACETA MERCANTIL, órgano informativo mensual de la Cámara nacional de Comercio de Guadalajara.1 de Julio de 2000 No. 233 II Siglo.
- 8) CRUZ, Miramontes Rodolfo. El Arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México. Editorial Porrúa-UNAM. México, 2004.
- 9) DAVIS, L. Reginald. Industria Maquiladora y Subsidiarias de Co-inversión. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, D.F., 1985.
- 10) DUSSEL, Peters Enrique. La Inversión Extranjera en México. Editado por la CEPAL- Naciones Unidas. Santiago De Chile, 2000. Págs.
- 11) FARINA, Juan. Contratos Comerciales Modernos. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1993.
- 12) GARCÍA, Moreno Víctor Carlos. Derecho Conflictual. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México, 1991. Pág. 42.
- 13) HEN, Christian y LÉONARD Jacques. L'Union Européenne. Éditions La Découvert. París, Francia, 1995.

- 14) LE PERA, Sergio Joint venture y sociedad: acuerdos de coparticipación empresaria. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1992.
- 15) MEDINA, Cervantes José Ramón. El Estado entre la inversión extranjera directa y los grupos privados de empresarios. Editorial Premià. México, D.F., 1984.
- 16) MÉNDEZ, Silva Ricardo. El régimen Jurídico de las Inversiones Extranjeras en México. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1969.
- 17) MIQUEL, Rodríguez Jorge. La sociedad conjunta: joint venture corporation. Editorial Civitas. Madrid, España, 1998.
- 18) MORONES, Lara Guadalupe – DÍAZ, Luis Miguel. Inversión Extranjera: Derecho Mexicano y Derecho Internacional. Editorial Themis. México, 2001. 156pp.
- 19) ROTHERY, Brian y Ian Robertson, "OUTSOURCING". La subcontratación. Editora Limusa. 2da edición, 1997.
- 20) SEARA, Vázquez Modesto. Manual de Derecho Internacional Público. 2º edición. Editorial Pormarca. México, 1967.
- 21) SIERRALTA, Ríos Aníbal. Joint venture internacional. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina.
- 22) VIRRAREAL, Corrales Lucinda. TLC: Las reformas legislativas para el libre comercio 1991-2001. Tercera edición. Editorial Porrúa. México, 2001.
- 23) WILLIAMS, Mariana. Red Internacional de Género y Comercio, Diciembre 2002.
- 24) ZALDÍVAR, Enrique, otros. Contratos de colaboración empresarial: agrupaciones de colaboración uniones transitorias de empresas: Joint venture. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina.
- 25) Términos Jurídicos de Español a Inglés. Justina v1 Copyright 1998 - 2004 LEJR. Lengua Castellana. Justina v1 Copyright 1998 - 2004 LEJR.
- 26) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XV, Febrero de 2002. Tesis: 1a. XI/2002.

Legislación nacional:

- Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley de Inversión Extranjera

- Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera
- Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
- Ley del ISR
- Ley del Impuesto al Activo
- Ley Aduanera
- Ley de Comercio Exterior
- Ley General de Sociedades Mercantiles
- Código de Comercio
- Código Civil Federal
- Ley Federal de Derechos 1998.
- Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos
- Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo
- Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia Nuclear
- Ley de Vías Generales de Comunicación
- Ley orgánica del Banco de México corresponde al Banco de México.

Convenciones:

- Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980.
- Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional.
- Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales.
- Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles.
- Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado.
- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.
- Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.
- Reglamento de arbitraje" (1976)

Legislación extranjera:

Unión Europea

- Convenio de Roma de 1980.
- Tratado de Roma (versión consolidada).
- Tratado de Maastricht, 1992.
- Reglamento 1310/1997, de fecha 30 de junio de 1997.
- Reglamento (CEE) 4064/89.
- Reglamento (CEE) 139/2004.

Canadá

- Ley de Inversiones de Canadá.

EE.UU.

- Constitución de los EE. UU.

China

- Procedures of The People's Republic of China for The Registration and Administration of Chinese-Foreign Joint Ventures.
- The Income Tax Law Of The People Republic Of China Concerning Chinese Foreign Joint Venture.
- Regulations for Contracted Operation of Chinese-Foreign Equity Joint Ventures.
- Instructive Directory on Industries Restricting & Prohibiting Foreign Investment.
- The Law of the Peoples Republic of China on Chinese-Foreign Equity JointVentures (julio de 1979, revisada en abril de 1990 y marzo de 2001, por el Nacional.

Otros instrumentos multilaterales:

- Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comerciales

Sitios de internet:

www.wto.org

www.unido.org

www.europa-eu.int

www.chinatoday.com

www.spanish.china.org.cn

<http://alca-ftaa.iadb.org/esp/invest/CAN-1.HTM>

www.dhlaw.de

www.usinfo.state.gov

www.bjinforma.com/index

www.uncitral.org

www.worldblank.org

www.3com.com

www.isri.com