



20841¹2y.
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN

LA EXPROPIACION DE LA INVERSION EXTRANJERA
EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO PARA
AMERICA DEL NORTE.

T E S I S

PARA OBTENER LA ESPECIALIDAD EN:
ESTRUCTURA JURIDICO ECONOMICA
DE LA INVERSION EXTRANJERA
P R E S E N T A :
LIC. FRANCISCO JAVIER VALENCIA ROSAS

ASESOR: DR. RAFAEL PEREZ MIRANDA



NAUCALPAN DE JUAREZ, EDO. DE MEX.

AGOSTO 1997

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Deo Optimo Maximo.

Para Valeria Fernanda

y

Juan Carlos.

Índice.

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO PRIMERO	7
CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA	7
I. CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA Y SU NATURALEZA JURÍDICA	7
II. CONSIDERACIONES DOCTRINALES DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA	9
III. ALGUNAS REFERENCIAS CONSTITUCIONALES DE LA EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA	11
IV. EXCESOS DE LOS CONCEPTOS UTILIDAD PÚBLICA E INDEMNIZACIÓN EN EL ACTO EXPROPIATORIO	12
A. Consideraciones Doctrinales de la Utilidad Pública	12
B. Interpretación Legal de la Utilidad Pública	15
C. Interpretación Jurisprudencial de la "Causa de Utilidad Pública"	23
D. Consideraciones Doctrinales de la Indemnización	27
E. Determinación Legal de la Indemnización	28
F. Determinaciones Jurisprudenciales Respecto de la Indemnización	33
V. CONCLUSIONES PRELIMINARES	35
NOTAS DEL CAPÍTULO PRIMERO	39
CAPÍTULO SEGUNDO	43
CONCEPTO DE INVERSIÓN EXTRANJERA EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO PARA AMÉRICA DEL NORTE, Y ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCEPTUALES RELATIVAS A LA INVERSIÓN EXTRANJERA	43
I. CONCEPTO LEGAL DE INVERSIÓN EXTRANJERA	43
II. HIPÓTESIS DEL CONCEPTO LEGAL DE INVERSIÓN EXTRANJERA QUE SON OBJETO DE EXPROPIACIÓN	46
A. Una Empresa	46
B. Las Acciones de una Empresa	50
C. Instrumentos de Deuda de una Empresa	51
D. El Préstamo a una Empresa	53
E. La Participación en una Empresa, que le Permite al Propietario Participar de los Ingresos o en las Utilidades de la Empresa	55
F. La Participación en una Empresa, que le Permite al Propietario Participar del Haber Social de esa Empresa en una Liquidación, Siempre que éste no Derive de una Obligación o un Préstamo Excluidos Conforme a los Incisos "C" o "D"	60
G. Los Bienes Reales u Otros Propiedad, Tangibles o Intangibles, Adquiridos o Utilizados con el Propósito de Obtener un Beneficio Económico o para "Otros Fines Empresariales"	60
H. La Participación Resultado del Capital u "Otros Recursos" que se Destinan para el Desarrollo de "Una Actividad Económica"	64
III. ALGUNAS CONSIDERACIONES RELATIVAS AL CONCEPTO DE INVERSIÓN EXTRANJERA	65
A. Aproximación General al Problema Conceptual de la Inversión Extranjera en México	65
B. Planteamiento del Problema	66
IV. ATRIBUTOS DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO PARA AMÉRICA DEL NORTE	69
Consideraciones Preliminares	69
A. El Tratado Nacional	71

LA EXPROPIACIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO PARA AMÉRICA DEL NORTE

B. <i>El Trato de Nación más Favorecida</i>	72
C. <i>Nivel de Trato</i>	73
D. <i>Nivel Mínimo de Trato</i>	74
E. <i>Requisitos de Desempeño</i>	75
IV. CONCLUSIONES PRELIMINARES.....	78
NOTAS DEL CAPÍTULO SEGUNDO.....	81
CAPÍTULO TERCERO	87
LA REGULACIÓN DE LA EXPROPIACIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO PARA AMÉRICA DEL NORTE Y DISPOSICIONES JURÍDICAS CORRELATIVAS.....	87
I. CONSIDERACIONES GENERALES.....	87
A. <i>La Integración Económica</i>	88
B. <i>Antecedentes de la Integración Económica en una Zona de Libre Comercio para América del Norte</i>	92
C. <i>Prospectivas de Integración de México</i>	94
D. <i>El Modelo Neoliberal</i>	97
E. <i>El Desarrollo Producciones a Escala como Estrategia que Evita la Expropiación</i>	100
II. CONSIDERACIONES POLÍTICO-INSTITUCIONALES DEL ACTO EXPROPIATORIO EN MÉXICO.....	101
III. REQUISITOS DE PROCEDENCIA PARA LA EXPROPIACIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN EL TLCAN.....	107
A. <i>La expropiación sólo puede hacerse "por causa de utilidad pública"</i>	108
B. <i>La expropiación sólo es procedente "sobre bases no discriminatorias"</i>	108
C. <i>La expropiación debe hacerse en apego al principio de legalidad, atendiendo a las disposiciones del derecho internacional, incluyendo trato justo, equitativo, con protección y seguridades plenas</i>	108
D. <i>Mediante una indemnización, que Deben Sujetarse al Procedimiento Previsto en el TLCAN</i>	110
IV. PROCEDIMIENTO DE INDEMNIZACIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN EL TLCAN.....	111
A. <i>La Cuantificación del Monto de la Indemnización</i>	111
B. <i>El Pronto Pago Liquidado</i>	116
C. <i>La Forma de Pago y Rendimientos Adicionales de la Indemnización</i>	117
D. <i>La Libertad de Transferecia de la Indemnización</i>	123
V. EXCEPCIONES PARA LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN EL TLCAN.....	124
A. <i>Sobre la Propiedad Intelectual</i>	124
B. <i>Sobre los Valores de Préstamo o Deuda Considerados en el TLCAN como Inversión Extranjera</i>	126
VI. CONCLUSIONES PRELIMINARES.....	127
NOTAS DEL CAPÍTULO TRES.....	131
CAPÍTULO CUATRO	137
ADECUACIONES LEGALES EN MÉXICO DERIVADAS DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO PARA AMÉRICA DEL NORTE.....	137
I. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	137
II. DECRETO QUE REFORMA, ADICIONA Y DEROGA DISPOSICIONES DE DIVERSAS LEYES RELACIONADAS CON EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO PARA AMÉRICA DEL NORTE.....	138
A. <i>Adecuaciones en la Ley de Expropiación</i>	138
B. <i>Adecuaciones Legislativas Correlacionadas</i>	141
C. <i>Aproximación al Problema Jurídico de las Reformas</i>	145
NOTAS DEL CAPÍTULO CUARTO.....	147
CONCLUSIONES GENERALES	149
BIBLIOGRAFÍA	153

HEMEROGRAFIA	157
LEYES, DECRETOS, ACUERDOS, JURISPRUDENCIA (COMPILACIONES), DOCUMENTOS DE CARÁCTER JURÍDICO, DISCURSOS OFICIALES Y DOCUMENTOS POLÍTICOS.	159
PONENCIAS Y APUNTES.	161
GLOSARIO.....	163

1991

1992

1993

Introducción.

La entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio para América del Norte formaliza un proyecto de integración económica entre México, los Estados Unidos y el Canadá. Su relevancia, importa al derecho ya que tiene el carácter de una ley que se encuentra, cuando menos doctrinalmente, supeditado a la Constitución General de la República vigente. Así bajo esa premisa, desarrollamos la investigación que aborda a la institución jurídica de la expropiación por causa de utilidad pública, prevista en el orden constitucional, y las disposiciones relativas a la expropiación de la inversión extranjera en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte. Es decir, correlacionamos los análisis entre ambos ordenamientos jurídicos en materia de inversiones extranjeras, y de ahí hacemos un estudio que alcanza una glosa de las disposiciones jurisprudenciales, legislativas y doctrinales que en nuestro derecho positivo vigente le son afines.

En el primer capítulo, desarrollamos el ámbito doctrinal y constitucional de la expropiación, también se plantea un estudio de la causa de utilidad pública y de la indemnización, como condiciones de la expropiación, en los ámbitos legislativo, jurisprudencial y doctrinal, destacando su contexto constitucional. Dentro del segundo capítulo, exponemos un análisis del concepto de la inversión extranjera en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (en lo sucesivo TLCAN), partiendo del estudio de todas las hipótesis jurídicas que encierra dicho concepto, y que son susceptibles de ser objeto de expropiación, y dejamos también expuestos algunos problemas que enfrenta nuestro orden jurídico vigente, en cuanto al concepto de inversión

extranjera; también desarrollamos un bosquejo de los atributos que le otorga el multicitado tratado a las inversiones extranjeras, a efecto de proporcionar mayores elementos valorativos y de estudio en el tratamiento legal que se le da a las inversiones extranjeras. En el tercer capítulo, exponemos un análisis de la regulación de la expropiación de la inversión extranjera en el TLCAN, destacando consideraciones económicas y político-institucionales que sirven de antecedente al estudio de los requisitos de procedencia, y el procedimiento de indemnización de las referidas inversiones, agregamos algunas excepciones al acto expropiatorio. En el último capítulo, nos referimos a las reformas que se llevaron a efecto, para adecuar la legislación secundaria doméstica, y hacerla compatible con el TLCAN. Las conclusiones preliminares que aparecen al final de cada capítulo, desglosan los rasgos fundamentales de cada uno, sin que necesariamente destaquen como una parcialidad de las conclusiones generales, que retoman el propósito de determinar la constitucionalidad del procedimiento expropiatorio en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte.

Finalmente, quiero manifestar que conozco del costo de la educación privada; y por ello, valoro profundamente la generosidad de la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán, que me permite avanzar en mi vida académica, y me dejan el ánimo de gratitud y respeto a mi nueva institución.

CAPÍTULO PRIMERO.

Concepto y Naturaleza Jurídica de la Expropiación por Causa de Utilidad Pública.

La palabra y el concepto distorsionan la realidad.

Anthony de Mello.

I. Concepto de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y su Naturaleza Jurídica.

La doctrina ha aportado diversas interpretaciones conceptuales respecto de la expropiación que contempla el derecho positivo mexicano. Es el caso, de que para el jurista Gabino Fraga es: "... un medio por el cual el Estado impone a un particular la cesión de su propiedad por existir una causa de utilidad pública y mediante la compensación que al particular se le otorga por la privación de esa propiedad." ¹. Se aprecia, bajo el anterior tenor de ideas que la propiedad privada está supeditada al requerimiento que de ella haga el Estado, a efecto de atender a una necesidad pública que requiere ser satisfecha, esto es, que la propiedad privada atendiendo a la satisfacción colectiva tiene un contenido social, tal y como lo sostiene el Dr. Ignacio Burgoa². Ahora bien, la necesidad de satisfacer de una necesidad colectiva puede ser uno de los contenidos del término utilidad pública, y de la que ya abundaremos en ocasión de la exégesis que hagamos en páginas posteriores. Es importante considerar que en nuestro régimen legal, la propiedad privada tiene limitaciones que constituyen una extinción de la facultad de abusar de la cosa, es decir del llamado "jus abutendi" previsto en el derecho romano, con

lo que quedan los particulares en ejercicio de sólo tres funciones fundamentales de la propiedad privada, es decir los derechos de uso, de disfrute y el de disposición, sin menos cabo del llamado desmembramiento de la propiedad a que aluden los civilistas al referirse a las figuras jurídicas del usufructo y de servidumbre, entre otras. Desde la perspectiva constitucional el artículo 17 previene disposiciones acordes a las afirmaciones antes referidas, de tal suerte tenemos que en el párrafo tercero del citado ordenamiento legal se señala: "La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los recursos naturales susceptibles de aprovechamiento...". En suma, la propiedad privada está protegida y limitada por nuestros ordenamientos legales, y se le supedita a una función social, con lo que Estado puede disponer de ella en caso de utilidad pública. Así, el maestro Ignacio Burgos señala en ocasión del concepto que en este apartado nos ocupa que: "El acto autoritario expropiatorio consiste en la supresión de los derechos de uso, disfrute y disposición de un bien decretado por el Estado, el cual lo requiere. Toda expropiación, para que sea constitucional, requiere que tenga como causa final la utilidad pública" 3.

Otro aspecto que es importante subrayar, y que de alguna manera se infiere de los razonamientos antes expuestos, es que el poder público actúa con su atributo de imperio sobre el particular, de lo que se desprende la naturaleza jurídica de la expropiación. En éste punto existen ciertas divergencias respecto de la doctrina, de tal suerte que para licenciado Gabino Fraga

"...constituye un acto de soberanía para cuya ejecución no se requiere el consentimiento del afectado ... " 4.

Para el licenciado Andrés Serra Rojas, la expropiación por causa de utilidad pública es:

"La expropiación es un procedimiento administrativo de derecho público, en virtud del cual el Estado - y en ocasiones un particular subrogado en sus derechos -, unilateralmente y en ejercicio de su soberanía, procede legítimamente en forma concreta, en contra de un propietario o poseedor para la adquisición forzosa o traspaso de un bien, por causa de utilidad pública y mediante una indemnización justa." 5.

Del párrafo anterior, acaso se precisa por parte del autor que un particular potencialmente se puede subrogar al ejercicio de esta potestad pública. Respecto de la naturaleza jurídica de la expropiación reitera la postura que se trata de un acto de soberanía, y por ende los particulares se deben someter a tal calidad; así, abunda este autor: *"Un Estado soberano es el supremo regulador de la vida colectiva, por lo que el ejercicio de ese poder soberano le permite eliminar los escollos que dificulten la acción administrativa." 6.*

II. Consideraciones Doctrinales de la Naturaleza Jurídica de la Expropiación por Causa de Utilidad Pública.

Por nuestra parte, consideramos que la naturaleza jurídica de la expropiación no constituye un acto de soberanía, como lo aprecian los juristas antes citados, ya que a nuestro entender se trata de un acto de autoridad, y más específicamente un acto administrativo; así pues, nuestra afirmación se desprende en un primer momento del concepto mismo de autoridad, y que en esta

oportunidad consideramos atinante citar nuevamente al maestro Ignacio Burgoa que sostiene:

"...se reputa autoridad a aquel órgano de gobierno del Estado que es susceptible jurídicamente de producir una alteración, creación o extinción en una o varias situaciones, concretas o abstractas, particulares o generales, públicas o privadas, que puedan presentarse dentro del Estado, alteración, creación o extinción que se lleva a cabo imperativamente, bien por una decisión aisladamente considerada, por la ejecución de esa decisión, o bien por ambas conjunta o separadamente." 7.

Llegado este momento, advierto que no podemos ser abundantes en nuestras consideraciones conceptuales respecto de la autoridad, y sus bastas implicaciones, sólo queremos remarcar que la autoridad reúne los atributos esenciales de unilateralidad, imperatividad y coercitividad. Ahora bien, la potestad, es decir la calidad de imperium de la autoridad, tiene su origen en la soberanía, esto es un efecto del poder soberano que radica según el texto constitucional⁸ en el "pueblo", y no es un acto soberano; *"...para nosotros, la potestad como atributo del poder público se origina en el grupo humano titular de la soberanía, esto es, que el poder público es consecuencia del ejercicio de la soberanía, y no la soberanía en sí."* 9. Nuestra afirmación levantará cuestionamientos, por lo que sugiero remitirnos a una mejor oportunidad de reflexión¹⁰. Según precisamos con anterioridad la expropiación es un acto administrativo, es decir, un acto que proviene de una autoridad administrativa, ponderando en todo caso de que el actuar de cualquier autoridad en un Estado de derecho, debe circunscribirse al principio de legalidad y por ende, la ley como acto legislativo es premissa fundamental de cualquier autoridad, incluso legislativa. Respecto del acto administrativo señala el jurista Miguel Acosta Romero:

"...es una manifestación unilateral y externa de voluntad, que expresa una decisión de una autoridad administrativa competente, en ejercicio de la potestad pública. Esta decisión crea, reconoce, modifica, transmite, declara o extingue derechos u obligaciones, es generalmente ejecutivo y se propone satisfacer el interés general." 11.

Luego entonces, sostenemos que la expropiación es un acto administrativo, y no un acto de soberanía como lo sostienen los juristas arriba citados.

III. Algunas Referencias Constitucionales de la Expropiación por Causa de Utilidad Pública.

Por otra parte, en lo que atañe al procedimiento de expropiación la legislación secundaria expedirá las disposiciones legislativas correspondientes; destacando en éste punto, que en virtud de que la Constitución General vigente señala expresamente en su artículo 27 fracción VI, párrafo segundo que: "Las leyes de la Federación y de los Estados en sus respectivas jurisdicciones, determinarán los casos en que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada, y de acuerdo con dichas leyes la autoridad administrativa hará la declaración correspondiente". Es decir, el Congreso de la Unión en el ámbito federal legislará respecto de las expropiaciones que le son propias de la federación, y por su parte las Legislaturas de cada una de las Entidades Federativas dispondrán de las facultades legislativas correspondientes, en atento acato de la distribución de competencias referida en el artículo 124 del mismo ordenamiento jurídico, y que dispone que: "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservados a los Estados". Para el caso de resolver las posibles controversias que se susciten entre el ámbito federal y el local, se debe atender a los siguientes principios normativos: 1) La Constitución y las leyes Federales, así como los

tratados internacionales tendrán supremacía respecto de otros cuerpos normativos, tal y como lo sustenta el artículo 133 de la Constitución General de la República y; ii) Corresponde a los tribunales de la federación conocer de dichas controversias, en atención de lo dispuesto por el artículo 103, fracciones segunda y tercera de la Constitución Federal vigente.

Finalmente, hay que destacar que el artículo 27 antes citado, dispone en su segundo párrafo que *"Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización"*, además de señalar en la fracción VI del mismo artículo, los principios normativos que se deben atender para cuantificar la indemnización que corresponde a los particulares por la afectación de su propiedad, y que será motivo de mayor abundamiento en las páginas siguientes.

IV. Exégesis de los Conceptos Utilidad Pública e Indemnización en el Acto Expropiatorio.

A. Consideraciones Doctrinales de la Utilidad Pública.

Se dejó establecido que el acto expropiatorio entraña una "causa de utilidad pública" que condiciona su legalidad, es decir, que la existencia de una causa de utilidad pública es requisito ineludible para que el acto administrativo de expropiación esté apegado a derecho.

En un primer momento, abordaremos algunos conceptos doctrinales que nos proporcionen los elementos cognoscitivos que nos ayuden a dar un contexto más amplio a las consideraciones legales y jurisprudenciales que se van a verter.

Aquí, tenemos que sostiene el jurista Andrés Serra Rojas que: "La utilidad pública consiste en el derecho que tiene el Estado para satisfacer una necesidad colectiva y en general la conveniencia o el interés de la generalidad de los individuos del Estado." ¹² Y abunda al señalar que partiendo de las previsiones constitucionales, se pueden considerar grupos de lo que la ley considera "causas de utilidad pública", y los desglosa en:

- i) las que la propia constitución federal considera con tal calidad;
- ii) las que determina la leyes de expropiación, tanto en el ámbito federal, como en el ámbito local.

Concluye el mismo autor, que los órganos legislativos tienen las más amplias facultades para determinar cuales son las hipótesis jurídicas concretas que se ajustan al concepto de utilidad pública en el acto expropiatorio.¹³

Por otra parte, para el maestro Gabino Fraga señala respecto de la utilidad pública:

*"Pensamos que el concepto de utilidad pública, como todos los conceptos del derecho público deben definirse en relación con la noción de atribuciones del Estado, de tal modo de considerar que existe siempre que la privación de la propiedad de un particular sea necesaria para la satisfacción de las necesidades colectivas cuando dicha satisfacción se encuentre encomendada al Estado.
... basta que el Estado esté dotado de la atribución correspondiente para que pueda considerarse que ellos son una causa de utilidad pública."* ¹⁴

Bajo el anterior contexto de ideas, se plantea el problema de sujetarnos simple y llanamente a lo que el legislador ha concebido como utilidad pública, sin entrar en mayores cuestionamientos doctrinales, con lo que se limitaría

nuestro estudio, y dejar en consecuencia sin resolver algunos problemas que afectarán el desarrollo de la investigación.

Por otra parte, señala la Enciclopedia Jurídica Omeba¹³ que la noción del término utilidad: *"está referido a la calidad que tienen los bienes que los hace aptos para satisfacer necesidades. Y si tal aptitud está dirigida a la comunidad, define una acepción específica, cuya significación se expresa con la adición del adjetivo <<pública>>."*

La satisfacción de una necesidad comunitaria, que implique la apropiación de bienes por parte del Estado plantea varios problemas a saber: en primer lugar, tenemos que determinar cuáles son las necesidades específicas a las que el Estado está obligado a satisfacer; en segundo lugar, determinar cuáles son los criterios específicos en los que se sustenta el legislador para calificar con la calidad de "utilidad pública" a los bienes. Así, en ese orden de ideas tenemos que listar los casos en que sea de utilidad pública expropiar los bienes en la legislación vigente, lo que haremos en el siguiente apartado del presente capítulo. Respecto de la segunda interrogante, y afecto de mostrar un marco de referencia más amplio, debemos partir del axioma de que el concepto de utilidad pública tiene un carácter evolutivo y variable, dentro de los diferentes ámbitos espaciales y temporales del Estado.

La norma jurídica, tiene como fuente a la realidad social concreta que debe ser regulada, lo que implica de alguna manera, un conglomerado de realidades políticas, económicas, ideológicas, culturales, etc., que influyen la creación legislativa; es decir, cuando se forma una norma jurídica confluyen una serie

de factores que determinan el contenido de la norma de derecho, a efecto de hacerla congruente con una realidad social específica en tiempo y espacio. Y toda vez que la sociedad va evolucionando, y por ende las distintas realidades en las que se apoyó el legislador, en el momento de hacer la norma jurídica se van modificando, y con ello potencialmente la ley va evolucionando en la medida en que la regulación de la realidad social lo exponga como necesario.

Resulta entonces, que como apunta Bielsa¹⁶, respecto de la utilidad pública, que se trata de un concepto relativo, que se sujeta a determinadas condiciones económicas, políticas y sociales; y que bien determina Goldstein¹⁷ cuando señala que se trata de un concepto elástico sujeto a los principios, en que los gobiernos cifran sus criterios políticos de bien común o bienestar de los pueblos. De tal suerte, encontramos que la expropiación, sustentada por "causa de utilidad pública" está inmersa dentro de un contexto ideológico que bien puede observarse a partir de diferentes movimientos revolucionarios de izquierda, que aplicaron expropiación a partir de sus principios ideológicos, sin perjuicio de las causas de conveniencia política o de seguridad nacional¹⁸. De las anteriores consideraciones, se plantea la necesidad de abordar lo que dice la ley respecto de la utilidad pública.

B. Interpretación Legal de la Utilidad Pública.

Dentro de la Constitución de Querétaro, se encuentra en el artículo 27 las previsiones relativas a la expropiación, y que ya han quedado descritas párrafos arriba cuando se abordaron algunas referencias generales; ahora bien,

corresponde glosar las disposiciones legislativas sobre el particular, por lo que agregamos inmediatamente los apartados que siguen:

a. Interpretación Legislativa de la Utilidad Pública.

Al establecerse en la Constitución de 1917 en el artículo 27, fracción VI, párrafo segundo que: *"Las leyes de la Federación y de los Estados en sus respectivas jurisdicciones, determinarán los casos en que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada..."*, tenemos que revisar de manera breve lo que ha dispuesto el legislador federal respecto de la utilidad pública, es decir, precisamos revisar el concepto legal.

a.1. La ley reglamentaria del segundo párrafo del artículo 27 de nuestro máximo ordenamiento legal, previene en su artículo primero las causas de utilidad pública por las que procede la expropiación, y que las señalamos a continuación:

1. El establecimiento, explotación o conservación de un servicio público.
2. La apertura, ampliación o alineamiento de calles, la construcción de calzadas, puentes, caminos, túneles para facilitar el tránsito urbano y suburbano;
3. El embellecimiento, la ampliación y saneamiento de las poblaciones y puertos, la construcción de hospitales, escuelas, parques, jardines, campos deportivos o de aterrizaje; construcción de oficinas para el gobierno federal; y de cualquiera otra obra destinada a prestar servicios de beneficio colectivo;

4. La conservación de los lugares de belleza panorámica, de las antigüedades y objetos de artes, de los edificios y monumentos arqueológicos o históricos, y de las cosas que se consideran como características notables de nuestra cultura;
5. La satisfacción de necesidades colectivas en caso de guerra o trastornos interiores; el abastecimiento de las ciudades o centros de población de viveres o de otros artículos de consumo necesario, y los procedimientos empleados para combatir o impedir la su propagación de epidemias, epizootias, incendios, plagas, inundaciones u otras calamidades públicas;
6. Los medios empleados para la defensa nacional o para el mantenimiento de la paz pública;
7. La defensa, conservación, desarrollo o aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de explotación;
8. La equitativa distribución de la riqueza acaparada o monopolizada con ventaja exclusiva de una o varias personas y con perjuicio de la colectividad en general, o de una clase en particular;
9. La creación, fomento o conservación de una empresa para beneficio de la colectividad.
10. Las medidas necesarias para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la colectividad;
11. La creación o mejoramiento de centros de población y de sus fuentes propias de vida;
12. Los demás casos previstas por las leyes especiales.

Se aprecia claramente de la lectura de las causas de utilidad pública, que en algunas hipótesis legales que se plantean hay cierta vaguedad, es decir, la disposición legal resulta poco clara y de interpretación caprichosa.

Quando el ejecutivo federal mandó al Congreso de la Unión el proyecto de la ley de expropiación en septiembre de 1936, las reacciones de diversos grupos sociales se pusieron de manifiesto cuando emitieron diversos juicios valorativos respecto de la constitucionalidad de dicha iniciativa, así como de la conveniencia de que el Congreso de la Unión aprobara la iniciativa de ley²⁰. En ese sentido, la Confederación Patronal de la República Mexicana envió un documento al H. Congreso de la Unión en donde solicita que "... se mediten sus preceptos para que resulte una ley que, llenando sus fines, no perjudique, sin embargo, profundamente la economía nacional, atacando tan duramente el interés particular." ²⁰; y dentro de las observaciones al referido proyecto de ley de expropiación, señalan que el uso del término de interés social, expuesto como el interés de "una clase social", es jurídicamente incompatible con la "utilidad pública", ya que el interés de una clase no implica necesariamente el interés de todas las clases sociales, en referencia al numeral 5 arriba citado, y que como causa de utilidad pública quedó expuesto y aprobado en su oportunidad; en el mismo sentido, señalan que la razón de utilidad pública no puede ceñirse a la "ambigüedad manifiesta y extremadamente peligrosa" de la aplicación de la hipótesis de la "mejor distribución de la riqueza", en clara referencia con el numeral 8 expuesto también como "causa de utilidad pública".²¹

Por su parte, la Barra Mexicana formuló las objeciones al citado proyecto concluyendo lo siguiente: i) la expropiación por causa de utilidad pública que consagra la Constitución se refiere, exclusivamente a los bienes raíz y a las aguas; y por ende no comprende a las negociaciones mercantiles; ii) el procedimiento expropiatorio se le considera anticonstitucional; iii) la ley inhibirá a los inversionistas por temor a que se les expropian sus empresas o negociaciones.²²

Para la "Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación correspondiente de la de España", dictaminó respecto del citado proyecto de ley de expropiación que: i) que la Exposición de Motivos del citado proyecto de Ley adolece de vaguedad en el concepto de utilidad pública, ya que se da una confusión entre con la utilidad social y la utilidad nacional, con lo que se afecta el propósito del artículo 27 constitucional, y que sólo se autoriza la expropiación por una "causa de utilidad pública"; ii) la expropiación que se funde en una "causa social", es decir la que beneficia a determinados grupos sociales, representa la satisfacción de intereses de orden particular, y por ende, no se atiende la causa de "utilidad pública" prevista en la Constitución; iii) es inoperante la expropiación de centros fabriles, ya que estos solo pueden ser poseídas por particulares, y no por la colectividad, esto en virtud de la naturaleza misma de la negociación mercantil; iv) la indemnización es injusta y peligrosa para los particulares, ya que con ello, la expropiación puede convertirse en una arma política y de partido en contra de determinados ciudadanos. En suma concluyen: que no deben, ni pueden aprobar el proyecto de ley que les ha enviado el Ejecutivo.²³

Por otra parte, en el "memorial" presentado ante la Cámara de Diputados en ocasión del proyecto de ley de expropiación, los representantes de la Industria, la Banca, el Comercio, y "la propiedad privada del país", acusan al licenciado Francisco A. Ursúa, quién fué consultor de la Comisión de Especial de la Cámara de Diputados, para reglamentar del artículo 27 constitucional de ser de tendencia "extraordinariamente socialista"; y como señalaban ha quedado de manifiesto en sus "Apuntes preliminares para la reglamentación del artículo 27 constitucional" ²⁴, y con ello, dejan asentado el contexto ideológico y político en el que los industriales, banqueros y empresarios convenían, se encontraba el citado proyecto legislativo. Por lo demás, adoptan en el mismo "memorial" una postura similar a las ya presentadas.²⁵

Finalmente, y sin más por abundar respecto de las protestas que se dieron en ocasión de la ley de expropiación, por alejarnos por demás en el estudio de la "utilidad pública", sólo dejamos los precedentes antes expuestos, destacando que estos no modificaron la ley de expropiación que contiene enumeradas las causas de utilidad pública, y que ya quedaron referidas en el presente apartado.

Consideramos que dentro de las causas de utilidad pública que expone la ley de expropiación federal, destacan por su aplicación potencial a las inversiones extranjeras las siguientes:

- 1) la satisfacción de las necesidades colectivas en caso de guerra o trastornos interiores; el abastecimiento de las ciudades o centros de población de víveres o de otros artículos de consumo necesario; además de los

procedimientos empleados contra la propagación de epidemias, epizootias, incendios, plagas, inundaciones u otras calamidades públicas. (Artículo 1, fracción V de la Ley de Expropiación).

ii) la equitativa distribución de la riqueza acaparada o monopolizada con ventaja exclusiva de una o varias personas, y en perjuicio de la colectividad o de una clase social en particular. (Artículo 1, fracción VIII de la Ley de Expropiación).

iii) la creación, fomento o conservación de una empresa de beneficio colectivo. (Artículo 1, fracción IX de la Ley de Expropiación).

iv) la creación o mejoramiento de los centros de población y de sus fuentes propias de vida. (Artículo 1, fracción XI de la ley de Expropiación).

El legislativo federal al reglamentar la facultad de expropiación del Estado entra en términos poco claros, como sucede al referirse a las "fuentes propias de vida" de los centros de población, o de la "equitativa distribución de la riqueza acaparada o monopolizada" en perjuicio de la colectividad o de una clase social en lo particular. En este último punto, debemos precisar que si bien es cierto que dentro del artículo 29 de la Constitución Federal se prohíben los monopolios, no es menos cierto que los mismos están previstos por el mismo precepto constitucional en los llamados "monopolios de Estado" y los "monopolios constitucionales" previstos en el párrafo noveno, y que a la letra señala que: "Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de

sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora". Es decir, la ley protege a los inventores mediante el otorgamiento de patentes que les permite la explotación exclusiva respecto de sus inventos; y en consecuencia la tecnología, que es indispensable para el funcionamiento de buena parte de las empresas transnacionales se encuentra protegida por la ley, pero se encuentra limitada en virtud de que como ha quedado asentado, es posible la expropiación tomando como causa de la utilidad pública: "La satisfacción de necesidades colectivas... del abastecimiento de las ciudades o centros de población de víveres o de otros artículos de consumo necesario, y los procedimientos empleados para combatir o impedir su propagación de epidemias... u otras calamidades públicas." ; o bien en su caso: "La equitativa distribución de la riqueza escapada o monopolizada con ventaja exclusiva de una o varias personas y con perjuicio de la colectividad en general, o de una clase en lo particular." "

Por otra parte, encontramos en el Código Civil para el Distrito Federal, aplicable en materia federal, algunos conceptos legales de la utilidad pública para efectos de la expropiación; de tal suerte, citamos textualmente los siguientes artículos:

- a. "Artículo 831.- La propiedad no puede ser ocupada en contra de la voluntad del dueño, sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización."
- b. "Artículo 832.- Se declara de utilidad pública la adquisición que haga el gobierno de terrenos apropiados, a fin de venderlos para la constitución del patrimonio de la familia o para que se construyan casas habitaciones que se alquilen a las familias pobres, mediante el pago de una renta módica."

c. "Artículo 833.- El gobierno federal podrá expropiar las cosas que pertenezcan a los particulares y que se consideren como notables y características manifestaciones de nuestra cultura nacional, de acuerdo con la ley especial correspondiente."

d. "Artículo 836.- La autoridad puede, mediante indemnización, ocupar la propiedad particular, si deteriora y aun destruye, si eso es indispensable para prevenir o remediar una calamidad pública, para salvar de un riesgo inminente a una población o para ejecutar obras de evidente beneficio colectivo."

El artículo 832 arriba citado, denota un evidente sentido social, y que se materializa en el patrimonio familiar, que mediante el otorgamiento de casas habitación que proporciona el Estado a los particulares; y con ello se reitera el criterio legislativo manifiesto en la legislación expropiatoria federal, en cuanto considera que la utilidad pública comprende el beneficio de los particulares, o de una clase social determinada.

En la inteligencia de que en cada entidad federativa, los órganos legislativos locales tienen la potestad para determinar las previsiones respecto de la utilidad pública que juzguen necesario imponer a la propiedad privada, en exclusión del ámbito federal, pasamos a revisar la interpretación judicial de la utilidad pública.

C. Interpretación Jurisprudencial de la "Causa de Utilidad Pública".

El maestro Gabino Fraga²⁷ realizó un análisis general respecto de las posturas que ha adoptado la Suprema Corte de Justicia, respecto del problema que engendra la "utilidad pública". Para ello distingue dos problemas a saber: 1) el de considerar si el órgano legislativo tiene la facultad para determinar

cuales son las causas de utilidad pública y; ii) el de definir el criterio que reconozca la utilidad pública de la que no la es.

De esa manera, advierte del primer problema que la jurisprudencia ha sido en casos contradictoria y poco uniforme, de tal suerte existen tesis jurisprudenciales que cuestionan la facultad discrecional del órgano legislativo para determinar cuando se trata de una causa de utilidad pública, en tanto que en otras llega a determinar que es constitucional la calificación que de utilidad pública realice el legislador. La Suprema Corte de Justicia, advierte el autor, en algún tiempo adoptó una postura que resolviera el problema de fijar en abstracto la utilidad pública, delimitando el problema causal de la determinación legislativa, de tal suerte consideró que para que existiera una causa de utilidad pública, debería de atenderse a la existencia de dos elementos: primero, que sea impuesta por una necesidad pública, y por ende redunde en la atención de un beneficio a la colectividad y; segundo, que la cosa expropiada entre a la esfera patrimonial y al goce del Municipio, del Estado o de la Federación. Posteriormente, y atendiendo el problema de la exposición de motivos de la Ley de Expropiación vigente, y de la interpretación de la utilidad pública en su correlación con la llamada "utilidad social" y la "utilidad nacional", de lo que ya de alguna manera abundamos en su oportunidad*, el criterio de la Corte se modificó, al sostener que lo que prohíbe la Constitución es la expropiación por causa de utilidad privada, y que cuando se habla de interés "social" o "nacional", se refiere al interés público, ya que todo interés social importa un interés nacional, y por ende se trata de una utilidad pública, este último criterio parece a juicio del autor más acertado, ya que limita la controversia respecto del alcance de

los términos de utilidad nacional o de utilidad social. Pero como advierte, se deja pendiente la definición del término utilidad pública, considerando de que bien se puede plantear una propuesta que limite la discrecionalidad de dicho concepto, por lo que deja su propuesta para la consideración jurisprudencial, misma que ya hemos retomado dentro de éste mismo capítulo.²²

Los tribunales federales en su quehacer jurisprudencial han vertido diferentes interpretaciones respecto de lo que se debe entender por causa de utilidad pública. Transcribimos algunas de las interpretaciones judiciales que consideramos más importantes al respecto:

"Utilidad pública en caso de expropiación. Solamente la hay cuando en provecho común se sustituye la colectividad, llámese Municipio, Estado o Nación, en el goce de la cosa expropiada. No existe cuando se priva a una persona de lo que legítimamente le pertenece para beneficiar a un particular, sea individuo, sociedad o corporación, pero siempre particular." (Tesis Jurisprudencial número 264. Jur. 1917-65. 2da. Sala.).

Destacamos la jurisprudencia en cita textual, en virtud de considerar necesario establecer, en principio que los bienes materia de la expropiación deben atender a un interés público y no a un beneficio de orden particular, como bien queda establecido por el máximo tribunal federal.

Respecto del principio de legalidad en la que se debe fincar el procedimiento administrativo de expropiación, los tribunales federales señalan:

"Expropiación por causa de utilidad pública. Llevada a cabo sin los requisitos previstos por la ley, aun cuando se trate de utilidad pública, importa una violación de garantías." (Tesis Jurisprudencial número 100. Jur. 1917-1963, 2da. Sala.).

"Utilidad pública. No basta que exista un motivo de utilidad pública para que cualquier autoridad pueda adoptar determinadas medidas con el fin de realizarlas, sino que es preciso, además, para que los actos de los organismos públicos sean legales, que procedan de autoridad con suficiente competencia constitucional para el caso." (Tesis Jurisprudencial Número 263. Juz. 1917-1965, 2da Sala).

Otra tesis jurisprudencial que da cuenta del criterio de la Suprema Corte de Justicia, respecto de la interrelación que se da entre las diferentes autoridades que intervienen en la expropiación por causa de utilidad pública en nuestro sistema legal, queda expuesto así:

"Expropiación por Causa de Utilidad Pública.- La Constitución General, con el objeto de prevenir que se cometan arbitrariedades e injusticias en la ocupación de la propiedad privada, por causa de utilidad pública, ha dispuesto que las leyes de la Federación o de los Estados, determinaran los casos en que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad particular y que de acuerdo con esas leyes, la autoridad administrativa hará la declaración correspondiente; De manera que es necesario: primero, la existencia de una ley que determine los casos genéricos en que haya utilidad pública; y segundo, en el Ejecutivo, aplicando esa ley, decida en cada caso si existe o no esa necesidad, para que se verifique la expropiación. Llevada a cabo sin que se cumplan las formalidades legales, importa una violación de garantías. (Tesis Jurisprudencial número 349. Apéndice de Jurisprudencia 1975, Tercera Parte, 2da. Sala).

La constitucionalidad de las expropiaciones de las negociaciones mercantiles, empresas y sus subsidiarias son objeto de especial consideración en la presente investigación, ya que la inversión extranjera directa se traduce en empresas o negociaciones mercantiles extranjeras que se establecen en México. Así, la Suprema Corte de Justicia ha determinado por ejemplo, que en el caso de la expropiación petrolera del 18 de marzo de 1938, "no es posible admitir" que los bienes de las negociaciones subsidiarias sean materia del acto expropiatorio, ya que el decreto expropiatorio no se refirió expresamente a ellas, y en atención a las disposiciones del Código de Comercio, dichas

subsidiarias tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios; y en todo caso la ejecución del decreto expropiatorio en mención, pudo hacerse respecto de las acciones que las empresas expropiadas poseyeran de otras compañías petroleras, sin abarcar la totalidad de los bienes de las últimas³⁰. Sea suficiente el ejemplo, para concluir preliminarmente que es de considerar constitucional la expropiación de las negociaciones mercantiles, como se deduce del criterio sostenido de la Suprema Corte de Justicia.

D. Consideraciones Doctrinales de la Indemnización.

Respecto del alcance jurídico del concepto de indemnización, la doctrina jurídica ha señalado que: *"La indemnización es la reparación jurídica de un daño o un perjuicio causado... constituye la efectividad de una obligación... o de un deber legal... por la realización del hecho o contingencia que dio origen a la obligación impuesta o contraída"*.³¹

Para el maestro Andrés Serra Rojas, la indemnización del acto administrativo expropiatorio es: *"... el resarcimiento de los daños causados, que se cubren principalmente con dinero. La indemnización en materia de expropiación es la suma de dinero que el Estado cubre a la persona afectadas (Sic) con un procedimiento de expropiación."*³²

La expropiación por causa de utilidad pública implica que el particular se le afecte con la pérdida de su patrimonio en favor de la colectividad, ya que el bien sale de la esfera particular, para pasar a atender la satisfacción de una causa de utilidad pública; con lo que ese particular está contribuyendo para

satisfacer el interés colectivo, es decir el Estado le hace recaer todo el gravamen al privarlo de su propiedad. Ahora bien, partiendo del principio de igualdad de los particulares para cubrir las cargas públicas, y por ende de que todos los particulares están obligados a contribuir para cubrir el gasto público de manera equitativa; importa el carácter nugatorio de los principios de igualdad y equidad ante las cargas públicas, en el caso de que no se le otorgue indemnización justa al particular afectado en su patrimonio por el acto administrativo expropiatorio.

Si la expropiación engendra la obligación por parte del Estado de indemnizar al particular afectado en su patrimonio, quedan pendientes varias cuestiones por resolver, tales como la determinación de la cuantificación del monto de la indemnización, el tiempo para satisfacer la indemnización y la forma en que se puede cumplir con la obligación, es decir si se puede satisfacer la obligación de indemnizar en especie. Para intentar resolver las interrogantes que exponemos, debemos atender lo dispuesto por las normas jurídicas respectivas en su correlación interpretativa doctrinal y jurisprudencial.

E. Determinación Legal de la indemnización.

E.1. Principios Constitucionales de la Indemnización.

Como ha quedado asentado, la expropiación por causa de utilidad pública origina la obligación, por parte del poder público, de hacer un pago que compense a la persona afectada en el acto expropiatorio. En este punto, consideramos necesario para el desarrollo del tema recurrir nuevamente a las

previsiones constitucionales previstas en el artículo 27, en su fracción sexta, segundo párrafo, que al respecto señala:

"... El precio que se fijará como indemnización a la cosa expropiada se basará en la cantidad que como valor fiscal de ella figure en las oficinas catastrales o recaudadores, ya sea que este valor haya sido manifestado por el propietario o simplemente aceptado por él de un modo tácito por haber pagado sus contribuciones con éste base. El exceso de valor o el demérito que haya tenido la propiedad particular por las mejoras o deterioros ocurridos con posterioridad a la fecha de la asignación del valor fiscal, será lo único que deberá quedar sujeto a juicio pericial y a resolución judicial. Esto mismo se observará cuando se trate de objetos cuyo valor no esté fijado en las oficinas rentísticas."

El monto de la indemnización, como se observa, está determinado por las manifestaciones fiscales que haya consentido el propietario, y sólo en caso en que los objetos no se encuentren determinados en su valor fiscal, éste será determinado por peritos; precisando por otra parte, que el demérito o exceso de valor ocurrido con posterioridad a la asignación del valor fiscal, será motivo de una revisión pericial y determinación judicial. Es decir, los valores fiscales determinan el monto de la indemnización que corresponde por el acto expropiatorio, por lo que serán inconstitucionales aquellos casos en que existan cuantificaciones del monto de la indemnización al margen de dichas disposiciones legales.

En suma, podemos afirmar que el principio constitucional para determinar el monto de la indemnización, es el de la adopción de un criterio fiscal que lo cuantifique. Destacamos entonces que él "justo precio" no atiende a un criterio convencional, ni comercial.

Se ha expuesto también el problema de determinar cuando se ha de verificar el pago de la indemnización, en virtud de que el artículo 27 constitucional, en su segundo párrafo establece que la expropiación se llevará "mediante" una indemnización, no determinando de manera clara el tiempo o época en que ha de efectuarse.

En la Constitución de 1857 dentro del artículo 27, primer párrafo se estableció que: "La propiedad de las personas no puede ser ocupada sin su consentimiento, sino por causa de utilidad pública y previa indemnización". En tanto que como ya apuntamos en la Constitución de 1917 se establece que: "Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización". De ello se han alimentado controversias respecto de la interpretación que determine el tiempo en que ha de verificarse la indemnización. Así el maestro Andrés Serra Rojas²³ ha determinado que se han desarrollado opiniones diversas, respecto del tiempo en que ha de verificarse la indemnización, y las clasifica en: i) las que sostienen que la indemnización que corresponde a la expropiación debe ser previa, ya que el cambio de la palabra "previa" por "mediante" no importa el cambio de significado, es decir, que sea posteriormente; ii) las que sostienen que la indemnización se debe verificar posteriormente a la expropiación, ya que señalan que al cambiar el término "previa" por "mediante", denota una clara intención del legislador para establecer una nueva hipótesis jurídica; iii) las que opinan que la Constitución de Querétaro no determina el tiempo en que ha de verificarse la indemnización, y que corresponde a las leyes secundarias hacer esa determinación, pudiendo establecerla previa, simultánea o posterior al acto expropiatorio.

Nuestra opinión es que la ley secundaria debe determinar cual es la época de pago.

Señala sobre el particular el maestro Gabino Fraga³⁰ que la Constitución no establece la época en que debe verificarse el pago de la indemnización, y que corresponde a las leyes secundarias determinar cuando debe efectuarse la indemnización, pudiendo realizarse antes, de manera simultánea o posterior a la expropiación, precisando de que en caso de que sea posterior debe imperar una causa justificada, además de que se debe atender a las posibilidades presupuestales del Estado, así como de otorgarse una garantía eficaz que garantice el pago; ya que de otro modo el particular sería afectado con una carga pública inequitativa.

Respecto de la forma en que ha de verificarse el cumplimiento de la obligación de indemnizar, el texto constitucional no dice nada al respecto, por lo que corresponde al órgano legislativo determinar esas cuestiones en la ley reglamentaria en la materia

E.2. Determinaciones de la Legislación Secundaria Respecto de la Indemnización

El propósito del apartado pretende exponer el tiempo y el monto en que ha de realizarse el pago de la indemnización, para ello nos remitimos a la legislación secundaria que atiende nuestro objeto de estudio, precisando que limitamos nuestro análisis a la legislación federal, ya que sería muy abundante y poco práctico remitirnos a las legislaciones locales que en la materia existen.

1. Ley Federal de Expropiación.

La Ley Federal de Expropiación ha determinado respecto del tiempo en que ha de verificarse el pago de la indemnización; así tenemos que se realizará dentro de un término de un año³⁵, contado a partir de la declaratoria de expropiación; destacando que anteriormente el periodo era de 10 años, y cuya reducción obedeció a las adecuaciones que se llevaron a cabo en la legislación en cita para hacerla acorde con el TLCAN.

Respecto de los plazos y forma en que debe verificarse la indemnización, la misma legislación federal³⁶ atribuyó originalmente a la autoridad expropiante esa facultad de manera discrecional, pero con las reformas a la legislación en la materia, con motivo de las adecuaciones que se hicieron para la entrada en vigor del multicitado tratado, se establecieron nuevos plazos. Destacamos, que en el último capítulo abordamos los términos en que se hicieron dichas adecuaciones.

Por otra parte, respecto de la forma de pago de la indemnización, la doctrina jurídica es acorde en su criterio al señalar que se realizará en dinero³⁷. Debemos acotar, que el pago con bonos de deuda pública realizado por el Estado representa una cantidad líquida exigible, a cierto tiempo al mismo Estado, y es con el cumplimiento del pago de dichos bonos como se libera totalmente el Estado de su obligación con el particular.

El monto de la indemnización originalmente estaba determinado por el valor fiscal del bien expropiado, como ya lo apuntamos cuando atendimos párrafos

arriba al análisis constitucional respectivo³⁸. Sin embargo, al ser inminente la entrada en vigor del TLCAN, se realizaron reformas en la ley de expropiación, con lo que se autoriza a la autoridad expropiante a determinar el monto de la indemnización con un criterio comercial, situación que abordamos con mayor precisión en el último capítulo, en virtud de que se refiere a las reformas que se hicieron en la materia.

F. Determinaciones Jurisprudenciales Respecto de la Indemnización.

La interpretación jurisprudencial de la indemnización del bien expropiado tiene varias implicaciones medulares en el contexto de la presente investigación, ya que de la correlación que se da entre las disposiciones del Tratado Libre Comercio para América del Norte en materia de inversión extranjera, y las disposiciones de la Ley de Expropiación de jurisdicción federal, denotan un tratamiento jurídico particular cuando se trata de expropiaciones de inversiones extranjeras, de lo que abundaremos en ocasión de los siguientes capítulos.

La interpretación jurisprudencial se deslindará a partir de dos problemas fundamentales a saber:

F.1. Determinar la época en que se ha de verificar la indemnización. Sobre el particular encontramos básicamente tres criterios:

1. La indemnización puede realizarse posteriormente al acto expropiatorio, siempre que se tenga el propósito de llenar una función social de urgente

realización, y que el Estado no cuente con los recursos que permita el pago inmediato, pudiendo realizar el pago en atención a las posibilidades del erario público.³⁹

2. Se ha interpretado que la ley que fije plazo o término para el pago de la indemnización es violatoria del artículo 27 constitucional, ya que siendo el derecho a la indemnización una garantía esta debe hacerse efectiva, llenando en consecuencia el cometido de la indemnización. Por lo que el pago debe realizarse en el momento preciso del acto posesorio, de manera que se le permita al expropiado el disfrute de la indemnización.⁴⁰

3. El pago diferido o posterior al acto posesorio del bien expropiado, ha sido un nuevo criterio sostenido por el máximo Tribunal, ya que se ha considerado que la determinación constitucional que indica que se realice la expropiación "mediante indemnización", no implica que deba entenderse que se ha de realizar con antelación la indemnización al acto de toma de posesión, interpretando en consecuencia que la palabra "mediante" significa que se condiciona la expropiación al pago del bien expropiado, es decir, se hace un cambio del bien por cierta cantidad; en consecuencia la indemnización puede ser simultánea o posterior al acto posesorio. Y dentro de las razones jurídicas que expone el Tribunal en Pleno para modificar el anterior criterio es que la ley secundaria no fija un plazo para indemnizar, sino que "sólo establece un límite" para realizar el pago de la indemnización. Por otra parte, determina que al establecer la ley que la autoridad expropiante fije la forma de hacer el pago, no obliga al Tribunal en Pleno sostener el anterior criterio jurisprudencial.⁴¹

F.2. La cuantificación del monto de la indemnización, según apuntamos en su oportunidad atiende a un criterio fiscal³². Y sobre el particular, la jurisprudencia es acorde al sostener que el valor fiscal del bien expropiado va a determinar el monto de la indemnización, y que sólo el demérito o mejora del bien podrá ser motivo de una revaluación³³, y que es semejante a los términos que ya quedaron expresados antes.

V. Conclusiones Preliminares.

Por lo demás, los conceptos vertidos nos muestran una idea precisa de lo que es la expropiación por causa de utilidad pública, y su referencia en el ámbito normativo constitucional. En suma, nosotros proponemos los siguientes elementos que glosan, a manera de conclusiones preliminares, las ideas antes expuestas:

- A. La expropiación entraña como naturaleza jurídica al acto administrativo, y es una forma que tiene el Estado para adquirir bienes encaminados a satisfacer al interés público; y dada su naturaleza es de carácter unilateral e imperativo que afecta ineludiblemente, a la propiedad privada, misma que estará sujeta a una indemnización y condicionada a una causa de utilidad pública en términos que marca la ley y las previsiones constitucionales correspondientes.
- B. El sistema legal en México, en materia de expropiación, previene dos cuerpos normativos a saber: i) uno de orden federal; y ii) otro local; y

que se atribuye por separado a cada una de las entidades federativas. Así, las causas de utilidad pública básicamente se encuentran definidas en el ámbito federal en la Ley Federal de Expropiación y en el Código Civil para el Distrito Federal en vigor. Y por lo que corresponde a las Entidades Federativas, las Legislaturas Locales legislarán sobre la materia.

- C. El contenido de la "utilidad pública" en la legislación encierra un contenido social, y que en ocasiones es poco claro; sin embargo, la interpretación jurisprudencial nos indica que es válido considerar como causa de utilidad pública a la satisfacción de las necesidades de las clases sociales desprotegidas, así como de ser constitucional la expropiación de entidades productivas.
- D. La expropiación por causa de utilidad pública está afectada de un contenido ideológico que va determinando su alcance y conceptos cuando se plasman en la ley; y que por lo mismo es evolutiva y de conceptos jurídicos elásticos, particularmente por lo que hace a la utilidad pública.
- E. La Indemnización que corresponde al acto expropiatorio de acuerdo con la Constitución Federal, está definida en su cuantificación por criterios fiscales, y su revisión será determinada por instancia judicial. Y la ley reglamentaria determina la facultad para que la autoridad expropiatoria fije la forma de hacer el pago de la indemnización, así como la época en que ha realizarse la indemnización; la jurisprudencia ha determinado que

la Constitución no estableció el tiempo en que ha de efectuarse, por lo que se han observado los criterios de que puede ser antes, en el mismo acto, o posterior a la toma de posesión del bien expropiado.

NOTAS DEL CAPÍTULO PRIMERO.

1. Cfr. FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. 27 ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1988, p. 375.
2. Cfr. BURGOA, Ignacio. Las Garantías Individuales. 20 ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1986, p.468.
3. *Ibid.*
4. Fraga, Op. Cit.
5. Cfr. SERRA ROJAS, Andrés. Derecho Administrativo. 14 ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1988, T. I, p. 325.
6. *Ibid.*
7. Cfr. BURGOA, Ignacio. El Juicio de Amparo. 23 ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1986, p. 188.
8. Cfr. Artículo 39 de la Constitución General de la República.
9. Cfr. VALENCIA ROSAS, Francisco Javier. Eclósión, Desarrollo, Exégesis y Perspectivas del Concepto de Soberanía en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Tesis (Licenciatura en Derecho), Universidad del Valle de México, México, 1992, pp. 305-306.
10. *Ibid.*
11. Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo. 8 ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1988, p. 624.
12. Serra Rojas, Op. Cit., p. 336.

13. *Ibid.*
14. FRAGA, *Op. Cit.*, p. 383.
15. *Cfr. Enciclopedia Jurídica Omeba.* " Utilidad Pública ", Vol. XXVI, Buenos Aires, Argentina, Ed. Driskill, S. A., 1986, p. 598.
16. *Ibid. Apud.* Bielsa, R. Derecho Administrativo. T. IV, Buenos Aires, Argentina, 1956.
17. *Ibid.* "Expropiación", Vol. XI, p. 641.
18. *Pessim*, Perspectivas Económicas. n. 20, Washington, D.C., 1977, p. 63 y ss.
19. *Pessim*, CONFEDERACIÓN PATRONAL DE LA REPÚBLICA MEXICANA. Recopilación de Escritos y Declaraciones de las Agrupaciones Patronales y otras, con Motivo del Proyecto de Ley de Expropiación. México, s.e., 1936, pp. 220.
20. *Ibid.* p. 6.
21. *Ibid.* pp. 5-14.
22. *Ibid.* pp. 17-22.
23. *Ibid.* pp. 25-50.
24. *Ibid.* p. 66.
25. *Ibid.* pp. 53-94.
26. *Cfr.* Artículo 1 de la Ley Federal de Expropiación (D. O. F. 23 de Noviembre de 1936).
27. Fraga, *Op. Cit.*, pp. 380-385.

28. *Vid. Supra*, pp. 16-23.
29. *Vid. Supra*, p. 13.
30. Cfr. MAYO BURRIETA, Francisco (compilador). Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes de la Suprema Corte de Justicia (1917-1975). 5ta. parte, actualización IV administrativa. Segunda Sala, "s.e.", México, 1978. Apud, Cía del Petróleo "Mercedes", S.A. y Coags., Epoca: Tomo LXXIII, Pág. 60, 2da. Sala. Apéndice de Jurisprudencia 1975. TECERA PARTE, Pág. 775.
31. Cfr. Enciclopedia Jurídica Omeba. "Indemnizaciones de Guerra", Vol. XV. Buenos Aires, Argentina, Ed. Driskill, S. A., 1989, pp. 478-479.
32. Serra Rojas, *Op. Cit.*, p. 339.
33. *Ibid.* pp. 339-340.
34. Fraga, *Op. Cit.* p. 388.
35. Cfr. Artículo 20 de la Ley Federal de Expropiación.
36. *Ibid.*
37. Cfr. Serra Rojas, *Op. Cit.* p. 340; y en el mismo sentido: Fraga, *Op. Cit.* p. 388.
38. *Vid. Supra*, pp. 28-31.
39. MAYO B. *Op. Cit.*, p. 713, *Apud*, Jurisprudencia 387, Quinta Época, pág. 641, Volumen 2a. Sala Tercera Parte Apéndice 1917-1975.
40. *Ibid.* p. 717; *Apud*, Jurisprudencia 390, Quinta Época, Pág. 468, Volumen 2a. Sala Tercera Parte Apéndice 1917-1975.

41. *Ibid.* p. 718, Apud, Fleno Séptima Época, Volumen 62, Primera Parte, Pág. 25.
42. *Vid. Supra.* p. 28-31.
43. MAYO B., *Op. Cit.* p. 711, Apud, Quinta Época, Tomo XXV, Pág. 1857; Curbelo Julio F., 2a. Sala Apéndice de Jurisprudencia 1975. TERCERA PARTE, p. 648.

CAPÍTULO SEGUNDO.

Concepto de Inversión Extranjera en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte, y Algunas Consideraciones Conceptuales Relativas a la Inversión Extranjera.

La inversión extranjera es el imperio invisible.

Dr. Enrique García Moises

I. Concepto Legal de Inversión Extranjera.

El Tratado de Libre Comercio para América del Norte, contempla dentro de sus objetivos el de "aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las partes" ¹, además de "crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias...". Con lo que se abre un cuerpo jurídico que previene normas relativas a la inversión extranjera entre México, Canadá y los Estados Unidos de Norteamérica. Así, dentro del capítulo XI referido a la "Inversión", en la sección C, relativa a las "definiciones" se señala el concepto legal que hoy nos ocupa, y que citamos textualmente en un primer momento:

"Inversión significa,

- a) una empresa;*
- b) acciones de una empresa;*
- c) instrumentos de deuda de una empresa;*

- i) cuando una empresa es una filial del inversionista, o
 - ii) cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres años, pero no incluye una obligación de una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento,
- d) un préstamo a una empresa,
- i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o
 - ii) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años, pero no incluye un préstamo a una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;
- e) una participación de una empresa, que le permite al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;
- f) una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en su liquidación, siempre que éste no derive de una obligación o un préstamo excluidos conforme los incisos (c) o (d);
- g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y
- h) la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte, entre otros, conforme a:
- i) contratos que involucren la presencia de la propiedad de un inversionista en el territorio de otra Parte, incluidos, las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano, o
 - ii) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa;

pero (Sic) inversión no significa:

- i) reclamaciones pecuniarías derivadas exclusivamente de:
 - i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte; o
 - ii) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un préstamo cubierto por las disposiciones del inciso (d); o
- j) cualquier otra reclamación pecuniaria, que no conlleve los tipos de interés dispuestos en los párrafos (a) e (h)."

Dentro del mismo contexto de las definiciones previstas en el TLCAN, se precisa que es el "inversionista de una parte" (ya sea de México, Canadá y los Estados Unidos), señalando que: "significa una Parte o una empresa de la misma, o una nacional o empresa de dicha Parte, que pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión".

Se aprecia de la lectura del concepto de inversión extranjera, que abarca un complejo de situaciones que merecen especial dificultad en el momento de ceñirlas a una concepción doctrinal bien delimitada, y que contenga sus respectivas notas características. No precisamos, en estos momentos, el desarrollar un concepto que intente englobar todas las hipótesis jurídicas en las que queda encuadrada la inversión extranjera, sino que nos sujetamos a la definición legal arriba descrita, a pesar de que está impregnada de un pragmatismo que escapa a un inmediato ceñimiento conceptual; sobre ese problema el licenciado Jaime Álvarez Soberanis que señala que el TLCAN es un documento amplio y complejo, que se origina en el marco jurídico anglosajón, y por ende es menos preciso que el derecho escrito, por lo que el texto es en ocasiones ambiguo, y puede resultar "oscuro"³.

El concepto de inversión extranjera desde el punto de vista legal es muy amplio, y desde la perspectiva del TLCAN resulta muy abundante para enfrentar el tema que hoy nos ocupa; por lo que debemos delimitarlo, a efecto de acotarlo a nuestro objeto de estudio. En ese sentido, hacemos algunas precisiones, ya que no podemos tomar indiscriminadamente a todas las premisas que se describen en el concepto legal arriba citado, ya que no todos los supuestos son propios para realizar el acto administrativo de la expropiación.

En la Ley de Inversión Extranjera vigente⁴, se encuentran conceptos legales relativos a la inversión extranjera e inversionista extranjero, no obstante los dejamos solamente referidos en nota⁵, ya que nos ceñiremos a las previsiones conceptuales que han sido transcritas del multicitado tratado.

II. Hipótesis del Concepto Legal de Inversión Extranjera que son Objeto de Expropiación.

Como se ha quedado establecido, el TLCAN enuncia una clasificación de "significados" de inversión extranjera, misma que es motivo de análisis, a efecto de deslindar las hipótesis jurídicas que no son susceptibles del acto administrativo de expropiación; para ello, guardamos el mismo orden establecido en el citado tratado internacional, y que describimos en la glosa siguiente:

A. Una Empresa.

La empresa transnacional, es una de las manifestaciones que por excelencia tiene la inversión extranjera; y que a la luz del TLCAN, tenemos que el artículo 1139, de la Sección "C", llamada de las "definiciones" señala respecto de la empresa, que traduce su significado a la definición expuesta en el artículo 201 del mismo ordenamiento jurídico, relativo a "definiciones de aplicación general" y a las "sucursales de una empresa". Ahora bien, dentro de las "definiciones de aplicación general", se previene que la empresa: "signifique cualquier entidad constituida u organizada conforme al derecho aplicable, tenga o no fines de lucro y sea de propiedad privada o gubernamental, incluidas cualesquiera sociedades fideicomisos, asociaciones (<<partnership>>), empresas de propietario único, coinversiones u otras asociaciones".

La premisa fundamental del concepto de empresa se sustenta en las sociedades "constituidas" u "organizadas" de jure. Ahora bien, siendo uno de los fines de la inversión extranjera la obtención de ganancias, esto es, siendo de una

naturaleza lucrativa, quedan sin mayor sustento para efectos del tema las llamadas "empresas que no tienen fines de lucro", a que hace referencia el concepto genérico de empresa contemplado en el mismo tratado.

Se señala, por otro lado que entran dentro del concepto de "empresa" las que sean indiferentemente de propiedad pública o de propiedad privada, en donde se incluyen sociedades, fideicomisos, coinversiones y "otras asociaciones". El problema a saber es determinar: ¿Cuáles son las empresas que están sujetas a expropiación? Aquí, debemos ceñir la respuesta a partir de dos consideraciones de orden jurídico, y que son:

i) La Expropiación en el sistema jurídico mexicano está sujeta al requisito indeclinable de "la causa de la utilidad pública", sin la cual se entraría en un supuesto de lesa legalidad. Por lo que se da una estrecha relación condicional entre las definiciones legales que previenen en las legislaciones secundarias, que describen las hipótesis jurídicas de las causas de utilidad pública, y las empresas que pueden estar sujetas al acto administrativo de expropiación.

ii) La segunda consideración de orden jurídico, se da a la luz del derecho positivo vigente en el Estado mexicano, traducido en el principio constitucional de la libertad en el trabajo, y que como garantía individual se encuentra establecido en el artículo 5° de la Constitución General de la República, y que señala que: "Ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que mejor le acomode, siendo lícitos", y que como garantía individual está sujeta a la protección de los

tribunales federales, como lo establece el artículo 103 del mismo ordenamiento constitucional. No obstante, previene el referido artículo 5° que: "El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataque los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad".

Si partimos de que la expropiación es un acto de naturaleza administrativa, y por ende un acto gubernamental, tenemos que por una "resolución administrativa" se puede vedar el ejercicio de la libertad en el trabajo, en los términos que marque la ley, y cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Precisando, que el texto constitucional invocado, previene claramente el término "vedar", es decir prohibir, impedir, y no se refiere a "expropiar"; por lo que para el caso de la expropiación se debe atender a la garantía individual de "libertad en el trabajo" cuando se trate de la afectación de una "empresa".

De los párrafos anteriores se enmarca el problema de determinar el límite a la actividad "empresarial" del Estado, ya que si bien es cierto se atiende a una causa de utilidad pública para que opere legalmente la expropiación de una empresa, ¿Hasta qué punto dicha expropiación atenta contra el marco de libertades consagradas en el máximo ordenamiento legal? Consideramos que el límite de la actividad económica directa del Estado mexicano debe acotarse al marco de libertades consagradas en la Constitución. Por lo que la actividad empresarial del Estado debe estar autorizada por la Constitución, por lo menos de manera implícita, y bien determinada por las leyes secundarias; de otra

manera consideramos se atentaría contra la libertad en el trabajo previsto por el artículo 5° constitucional. La doctrina en este punto, ya ha abordado el problema de los límites a la actividad económica directa del Estado.

Puede ser entonces que la expropiación de una empresa se funde en una causa de utilidad pública prevista por una ley secundaria, pero que el ejercicio económico de la actividad empresarial por parte del Estado no esté permitido por el orden constitucional, por lo que atendiendo a la supremacía de las leyes, imperará la Constitución General de la República. A manera de conclusión preliminar podemos afirmar, que para el caso de la expropiación de una empresa, se debe acotar el ejercicio de dicho acto administrativo a la constitucionalidad de la actividad económica concreta del Estado.

Advertimos, por otra parte, que la regulación jurídica de la empresa transnacional no es la misma que la regulación jurídica aplicable para la inversión extranjera, a pesar de que ambas están estrechamente vinculadas, y que él mismo tratado le dé ese significado.

Una consideración final que debemos destacar, estriba en que dentro de las "definiciones de aplicación general" que previene el tratado, se considera como una empresa a los "fideicomisos" y de manera general las "asociaciones", como lo es el contrato de joint venture, y que se refieren en ambos casos no precisamente a personas jurídicas, en el sentido estricto del concepto, sino a contratos; y de los que plantearemos mayores elementos de análisis cuando abordemos los apartados E, F y H de éste capítulo.

B. Las Acciones de una Empresa.

Las acciones de una empresa se clasifican, según el criterio sustentado en el texto del Tratado de Libre Comercio para América del Norte⁷ en: i) Acciones con derecho a voto y; ii) Acciones sin derecho a voto. Respecto de las segundas, la legislación mexicana de inversión extranjera⁸ previene las llamadas acciones neutras; las inversiones en cuotas que se realizan mediante los fideicomisos y las que realizan las sociedades financieras internacionales para el desarrollo.

La actividad económica del Estado puede traducirse en la tenencia de acciones una empresa, de las que pueden derivar facultades de decisión en la dirección y el goce de los beneficios económicos de la misma. Pero pueden darse, como se acotó en la clasificación arriba descrita, que solamente sea beneficiario de las ganancias de la empresa, y quedar marginado de las decisiones relativas a la conducción de esta.

Para el caso de las acciones con derecho a voto en las decisiones de la empresa, consideramos que en caso de ser procedente la expropiación, debe atender al control absoluto de la empresa, en virtud de que el papel que desempeña la empresa pública es diferente al que por su naturaleza mercantil debe atender la empresa privada. Es decir, mientras en la empresa pública sus objetivos esenciales se deben apegar al interés general, la empresa privada por su parte, debe atender el objetivo concreto de obtener las mayores ganancias, con el menor costo en el contexto de una estrategia global, y que para el caso de la empresa transnacional dicta la matriz, y que desde luego difieren de los objetivos estatales.

Por lo que corresponde a la participación de acciones sin derecho a voto por parte del Estado, obtenidas mediante la expropiación, creemos que no deben ser procedentes, ya que la naturaleza misma de dichas acciones es la obtención de beneficios económicos, al margen de la toma de decisiones, con lo que el Estado estaría participando de una actividad otorgada a los particulares, en detrimento del artículo 5° constitucional, como dejamos asentado en párrafos arriba descritos.

En suma: Serán procedentes las expropiaciones de acciones con derecho a voto, y que sean suficientes para dirigir una empresa, siempre y cuando el desarrollo de esa actividad esté permitida por el orden constitucional al Estado, a efecto de no reducir el marco de libertades que consagra el texto constitucional a los particulares.

C. Instrumentos de Deuda de una Empresa.

Precisa el doctor Pérez Miranda: *"Desde la perspectiva del inversor, los préstamos que realiza una institución financiera extranjera a una persona física o moral del país es una inversión extranjera; desde la perspectiva de quien la recibe es un <<endeudamiento>>"*⁹. Así pues, desde la perspectiva de quien recibe el financiamiento, se trata de una deuda; pero el TLCAN le da la significación de inversión extranjera, en los siguientes casos:

C.1. *"Cuando la empresa es filial del inversionista"*, se trata de una práctica de doble significado, es decir se puede calificar de inversión extranjera, o como deuda con la matriz. Este tipo de operaciones son de uso común en las

empresas transnacionales, de tal suerte que dentro de las características de la empresa transnacional se anota la concerniente a que la matriz centraliza las decisiones fundamentales de sus filiales, y por ende desarrolla la política financiera de las mismas¹⁰. De tal suerte, hay claros ejemplos de como representa una estrategia de expansión de la empresa transnacional¹¹.

C.2. La calidad de inversión extranjera, será tal cuando los instrumentos de deuda tengan una fecha de vencimiento original no menor de tres años, con lo que las disposiciones del multicitado tratado condicionan a una temporalidad definida, los instrumentos de deuda para que se les considere inversión extranjera, esto en el caso de los instrumentos de deuda cuyo titular no sea la matriz.

Quedan excluidos los instrumentos de deuda de una empresa estatal, y que de conformidad con la legislación mexicana en vigor se le considera como "deuda pública", cuando se tratan de obligaciones de pasivo derivadas de financiamiento cuando están a cargo de empresas de participación estatal mayoritaria¹².

La dualidad del concepto inversión-deuda, nos obliga a abordar el punto relativo al "préstamo a una empresa", como una de las hipótesis de la inversión extranjera que previene el TLCAN, para que con posterioridad se haga un análisis conjunto, que dé como resultado una conclusión que resuelva la procedencia legal de la expropiación por causa de utilidad pública.

D. El Préstamo a una Empresa.

El préstamo a una empresa, calificado legalmente como "inversión extranjera" en el TLCAN, es un complemento del apartado "C" arriba descrito. Ahora bien, se desprenden a su vez dos posibilidades a saber, y que son:

i) Cuando la empresa es una filial del inversionista, le son aplicables las consideraciones previstas en el punto C.1.

1) Cuando los préstamos a la empresa tienen como fecha de vencimiento original, una temporalidad no menor a la de tres años; con lo que es de considerar su correlación complementaria con el punto C.2., y que arriba se invoca.

Acotando por otro lado, que no se considera como "inversión extranjera" a los préstamos otorgados a una empresa estatal, y de lo que ya se abundó.

Los instrumentos de deuda, que representan los préstamos a una empresa constituyen cantidades liquidas que son aplicables a una empresa o para una empresa, ya como deuda o como un préstamo, y que en ambos casos se considera como inversión extranjera a la luz del TLCAN; y puede tener diversas manifestaciones, y con ello se pueden dar confusiones entre la inversión extranjera directa y la inversión extranjera de carácter financiero, por lo que no ha sido fácil deslindar con claridad y certeza cuando se trata de deuda y cuando de inversión a la luz de la legislación vigente en la materia; por lo que el problema lo abordaremos más adelante, cuando se hagan las consideraciones de orden conceptual procedentes.

A efecto de no dejar un vacío en el análisis, desglosamos nuestra exposición a partir del tradicional contrato de mutuo, que encierra en su bilateralidad, la dualidad del concepto préstamo-deuda. Es decir, se trata en otras palabras de un contrato de orden mercantil que puede ser en dinero; de tal suerte, el Código Civil para el Distrito Federal, aplicado supletoriamente al Código de Comercio¹³, señala en su artículo 2384: "El mutuo es un Contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuatario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad".

Por su parte, el Código de Comercio dispone en su artículo 358: "Se reputa mercantil el préstamo cuando se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio y no para necesidades ajenas a éste. Se presume mercantil el préstamo que se contrae entre comerciantes".

Y respecto del pago, previene el mismo Código de Comercio en su artículo 359:

"Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la ley monetaria vigente en la República al tiempo de hacerse el pago, sin que esta prescripción sea renunciable. Si se pacta la especie de moneda, siendo extranjera, en que se ha de hacer el pago, la alteración que experimente en valor será en daño o beneficio del prestador.

En los préstamos de títulos o valores pagará el deudor devolviendo otros tantos de la misma clase o idénticas condiciones, o sus equivalentes, si aquellos se hubieren extinguido, salvo pacto en contrario.

Si los préstamos fueren en especie deberá el deudor devolver, a no mediar pacto en distinto sentido, igual cantidad en la misma especie y calidad, o su equivalente en metálico si se hubiese extinguido la especie debida".

De los párrafos anteriores, se desprende la posibilidad que los contratos de mutuo mercantil entren dentro de las hipótesis de inversión extranjera previstos por el TLCAN, y que tendría como un efecto en el marco del presente tema, la expropiación de una cantidad de dinero, con lo que se entraría a una situación aberrante, en virtud de que como lo señala el Dr. Andrés Serra: "Pueden ser materia de la expropiación todos los bienes, muebles e inmuebles, con excepción del dinero"¹⁸, y de lo que abunda Gabino Fraga¹⁹ al señalar que el impuesto es el medio más común para hacerse llegar el Estado de los ingresos necesarios para cumplimentar sus fines; además de que en el caso de la expropiación, es indispensable la indemnización en cantidad líquida. Y agregamos que en el caso particular de las inversiones previstas en Tratado de Libre Comercio para América de Norte, generarán un interés a favor del inversionista expropiado, por lo que podemos concluir, que tratándose de cantidades líquidas, contratos representativos o instrumentos de deuda previstas como inversión extranjera en el TLCAN, no son sujetas de expropiación por ir en contra de los objetivos del acto expropiatorio.

E. La Participación en una Empresa, que le Permita al Propietario Participar de los Ingresos o en las Utilidades de la Empresa.

Para participar de los ingresos o las utilidades de las empresas no se requiere necesariamente ser el propietario de las acciones de la misma. Para comprender el modo de operar que se da entre la empresa y la "participación", a que se refiere éste apartado es necesario abordar los principios de desmembramiento de la propiedad, de lo que por restricción en el tema de estudio dejamos de lado. No obstante, abordamos algunos ejemplos que concretizan las posibilidades de la hipótesis jurídica en estudio, y que son:

E.1. El fideicomiso que es un contrato por virtud del cual, una persona llamada fideicomitente con derecho para disponer de un bien, lo transmite a otra llamada fiduciaria para la realización de un fin lícito determinado, y que puede recaer a favor de una tercera persona llamada beneficiario o fideicomisario. La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala un concepto de legal de fideicomiso que citamos: *"En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria"*¹⁴.

De lo anteriormente expuesto, se pueden desglosar los siguientes elementos relacionados con la "significación de inversión extranjera", que hace el TLCAN: i) una persona (Fideicomitente) dispone de su patrimonio¹⁷, como son las acciones, que son transmitidas a otra para la realización de un fin determinado y; ii) una institución autorizada conforme a la Ley de Instituciones de Crédito (fiduciaria)¹⁸, atendiendo los requisitos de procedencia y permisos que previene la ley¹⁹, adquiere en fideicomiso los bienes de la otra, para beneficio de otra y; iii) los beneficiarios (fideicomisarios) son cualquier persona, prevista en el contrato de fideicomiso, que tenga la capacidad de recibir los beneficios de los bienes afectados en el fideicomiso²⁰, como pueden ser acciones u otros derechos reales.

El inversionista extranjero, salvados los requisitos de ley, puede ser fideicomisario y disfrutar de los beneficios económicos de una empresa, sin ser propietario de las acciones o bienes de la empresa; en la inteligencia de

que el fideicomiso no se puede constituir a favor de la institución fiduciaria; ya que estaría afectado de nulidad²¹.

E.2. Otra posibilidad es el Contrato de Joint Venture, que es un contrato inominado, y que como refiere el licenciado José María Abascal Zamora, delegado de México ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, "... en la práctica del comercio internacional el término joint venture no tiene el significado jurídico preciso que puede tener en el derecho de un determinado país anglosajón"²². El joint venture se finca en el principio de la autonomía en la voluntad de las partes o de la libertad contractual, y que tiene implícita una "... gran variedad de contratos en los cuales las partes contratantes participan en los riesgos y en las utilidades de un negocio"²³. De tal suerte, dentro del contenido de las cláusulas podemos encontrar, a manera de ejemplo las relativas a: i) la participación en las utilidades y en las pérdidas; ii) control; iii) acuerdos entre las matrices; iv) transferencia de tecnología, delimitación de mercados y de la concurrencia; v) aportaciones y obligaciones entre las empresas que contratan"; Etc.

Es materia del joint venture toda clase de bienes, derechos derivados de contratos o de otras relaciones, derechos reales, etc., y que implican relaciones contractuales que pueden determinar los montos en la participación de los ingresos o en las utilidades de las empresas a favor de un inversionista extranjero.

E.3. Consideramos otra posibilidad en la Asociación en Participación que es: "... un contrato por virtud del cual una persona concede a otras que le

aportan bienes o servicios una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio" ²⁵. Y que por tanto, no tiene personalidad jurídica propia²⁶, y no estará sujeto a un registro²⁷.

Resulta parecido éste contrato al del joint venture, pues implica una transferencia de ingresos o utilidades a favor extranjeros, aunque el primero resulta muy acotado respecto de la gama de posibilidades del segundo; pero por lo que toca a la parte común, resultan consideraciones similares para efectos de las conclusiones preliminares a que nos referiremos a continuación.

En relación directa con el apartado que estamos estudiando, nos planteamos la interrogante: ¿Pueden ser materia de expropiación los derechos que impliquen participación de los ingresos o utilidades de una empresa?. Consideramos que no, por las siguientes razones:

i) El joint venture es difícil, sino imposible de determinar, ya que no requiere para su existencia o validez de registro alguno, que permita saber con certeza los compromisos contractuales; y

ii) Se tratan de un instrumentos para transferir capitales al exterior; lo que implica que a la luz del TLCAN, que se debe atender a los compromisos contrados en los artículos 1109 del Capítulo XI, relativos a las "transferencias", y que respecto del párrafo primero se señala:

"Cada una de la Partes permitirá que todas las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista de otra de las Partes

en territorio de la Parte, se hagan libremente y sin demora. Dichas transferencias incluyen:

- a) ganancias, dividendos, intereses, ganancias de capital, pagos por regalías, gastos por administración, asistencia técnica y otros cargos, ganancias en especie y otros montos derivados de la inversión;
- b) productos derivados de la venta o liquidación, total o parcial, de la inversión;
- c) pagos realizados conforme a un contrato del que sea parte un inversionista o su inversión, incluidos pagos efectuados conforme a un convenio de préstamo;
- d) pagos efectuados conforme el artículo 1110; y
- e) pagos que provengan de la aplicación de la sección B."

Del inciso "d", se precisa que el artículo en cita se refiere a la expropiación y a la indemnización; en tanto que la sección "B" a que alude el inciso "e" se refiere a la solución de controversias en materia de inversión del mismo Tratado de Libre Comercio para América del Norte. Por lo demás, cabe agregar que dentro del párrafo cuarto de ese mismo artículo, se señalan los casos en que se podrá impedir la transferencia, y en ninguno de ellos se hace referencia a la expropiación²⁸.

iii) Se trata de expropiar "participaciones", que otorgan beneficios sobre cantidades líquidas, que a su vez deben ser pagadas bajo los principios establecidos en el TLCAN, lo que implica una realización onerosa e inoperante, como en su oportunidad observamos²⁹.

Advertimos, finalmente que los ejemplos citados en el apartado solo son enunciativos y no limitativos, ya que existen otras posibilidades, pero sólo citamos las que nos parecen de mayor importancia.

F. La Participación en una Empresa, que le Permita al Propietario Participar del Haber Social de esa Empresa en una Liquidación, Siempre que éste no Derive de una Obligación o un Préstamo Excluidos Conforme a los Incisos "C" o "D".

Son aplicables sobre el particular casi todas las consideraciones previstas para el apartado "E", excepción hecha del contrato de asociación en participación, ya que el mismo se limita a las participaciones que deriven de las "utilidades de una o varias operaciones", y no del "haber social", tal y como se desprende de la definición legal antes expuesta.

Resta decir, acaso que quedan excluidas las empresas de participación estatal en los términos de los puntos "C" y "D".

G. Los Bienes Raíces u Otra Propiedad, Tangibles o Intangibles, Adquiridos o Utilizados con el Propósito de Obtener un Beneficio Económico o para "Otros Fines Empresariales".

Dividimos nuestro análisis en dos apartados:

G.1. Los bienes raíces y otras propiedades tangibles, son desde luego materia de expropiación; en especial la propiedad inmueble, ya que sólo basta revisar el contenido del procedimiento expropiatorio previsto en el artículo 27 de la Constitución General de la República, para tener la certeza de que al remitir dicho artículo al valor catastral del bien expropiado, para la fijación del monto de la indemnización, se refiere a la propiedad inmueble.

G.2. Los intangibles adquiridos o utilizados para los fines empresariales, implican un problema aparte. Pueden tener una gran variedad de posibilidades, en donde estén implicados derechos derivados de contratos como el de joint

venture. No obstante, uno de los puntos medulares de la llamada propiedad intangible son las patentes, marcas y todo lo que vaya relacionado con la explotación de la propiedad industrial e intelectual.

La Propiedad Intelectual, está normada en el capítulo XVII del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, en donde se da una interrelación sustantiva con varios Convenios Internacionales³⁰, a partir del mismo tratado.

Llegamos al punto con la certeza de que se trata de un complejo normativo de gran volatilidad, ya que la regulación legal de la propiedad industrial está en una revisión constante, y que tiende a expandirse conforme los avances científico-tecnológicos que se realizan en tópicos hasta hace muy poco impensables.

Otro problema radica en que el tratamiento legal de la inversión extranjera es diferente al de la propiedad intelectual en el TLCAN, y que la regulación jurídica de la última implica la correlación normativa de otros instrumentos jurídicos de carácter internacional.

La relación entre la inversión extranjera con la propiedad intelectual (utilizando términos del TLCAN), resulta tan estrecha que se requiere un estudio aparte que determine las notas características de cada una, y sus relaciones. El problema es aún mayor si se le agrega la relación con la empresa transnacional. Podemos afirmar, que la relación es tan estrecha que difícilmente se pueden separar una de la otra en su modo de operar; así pues,

el TLCAN inmerso dentro de una operatividad pragmática, hace flexibles estas contiendas teóricas y no da mayor resolución al problema planteado.

Bajo la hipótesis de que el Estado expropie a una empresa, bajo el significado legal de "inversión extranjera" que le atribuye el TLCAN, implica además de los bienes materiales propios para su operación productiva, también otra serie de propiedades como marcas, patentes, modelos de utilidad, Etc., y que constituyen un patrimonio de vital importancia operativa de cualquier empresa. Consideremos por ejemplo, el funcionamiento de una empresa que se le despoja del uso de la marca, nombres comerciales, patentes y demás propiedades intangibles en virtud de que por la ejecución de un acto expropiatorio, las últimas no sean materia de la expropiación. Realmente, resultaría de imposible funcionamiento la actividad operativa de la empresa expropiada. Por lo que consideramos que al expropiar una empresa, se hace respecto de las propiedades y todos los derechos reales que se le atribuyen como propios, y que son necesarios para el funcionamiento de la misma. El problema radica en cuanto que la propiedad industrial y la intelectual, según sea el caso, sean de propiedad de un tercero, como lo puede ser la matriz, ya que se estarían afectando derechos de propiedad que no les son propios a la empresa expropiada; y si a su vez, existe la posibilidad de la rescisión de la relación contractual, por virtud de la cual se venía haciendo la explotación de la propiedad intangible de la matriz, en el caso de que suceda una expropiación que afecte su filial, el resultado sería el mismo. Sería de imposible realización operativa la empresa.

En suma: La expropiación de una empresa, sin su propiedad intangible resulta inoperante para la satisfacción de la utilidad pública. Precizando, de que la expropiación sea respecto de una entidad productiva para la satisfacción colectiva; ya que se puede expropiar su inmueble propiedad de una empresa, para un camino público, y en cuya satisfacción de la utilidad pública no se prevé la propiedad material como una unidad productiva.

Estimamos que el abordar y resolver en todo su contexto la expropiación de la llamada "propiedad intelectual", requiere un estudio aparte, por lo que lo dejamos para mejor ocasión; sin embargo, existen algunas referencias legales vinculadas con nuestro tema, con lo que nos vemos obligados a referirnos a las disposiciones normativas previstas en la ley de expropiación de competencia federal, y que consideramos prudente referirnos a ella, en virtud de que dentro de las causas de utilidad pública, para la procedencia del acto administrativo de expropiación, se encuentran las relativas a:

- i) Los "procedimientos" que se emplean en contra o para impedir epidemias, plagas, epizootias y "otras calamidades públicas".
- ii) La redistribución de la riqueza que se encuentra acaparada, o con ventaja exclusiva de una o varias personas con perjuicio de la colectividad.
- iii) El fomento o conservación de una empresa para beneficio colectivo.
- iv) La satisfacción de la colectividad en caso de guerra o "trastornos interiores".

Con lo que se da sustento legal para la expropiación de la llamada "propiedad intelectual", precisando acaso, que hay otras disposiciones legales que previenen instrumentos jurídicos para la satisfacción del interés colectivo, bajo el principio de la "utilidad pública"²¹.

H. La Participación Resultado del Capital u "Otros Recursos" que se Destinen para el Desarrollo de "Una Actividad Económica".

La participación económica, a que se refiere esté apartado puede darse mediante diversos instrumentos jurídicos, y que el mismo texto del TLCAN ha dejado establecidos, como se puede corroborar en el primer apartado de este capítulo, y que comprenden:

- i) Los contratos que "involucren la presencia de la propiedad del inversionista", como las concesiones, los contratos de construcción, etcétera.
- ii) Los contratos que condicionen las remuneraciones, respecto de las ganancias, ingresos, producción de una empresa, como los de la asociación en participación y el joint venture; de los que ya se han dejado constancia de análisis en las páginas que anteceden.

Por resultar redundante la exposición analítica de este punto, remitimos la revisión del mismo a los aspectos relativos al punto E, antes indicado.

III. Algunas Consideraciones Relativas al Concepto de Inversión Extranjera.

En un primer momento, debemos dejar establecido que el concepto de "inversión extranjera" y su regulación, en buena medida se sujeta a la determinación legal, que de ella se haga en cada país.

A. Aproximación General al Problema Conceptual de la Inversión Extranjera en México.

A pesar de que existen límites doctrinales que superen el contenido legal del significado de "inversión extranjera" previsto en el TLCAN, en virtud del complejo de posibilidades que conlleva hacer una aportación doctrinal, encontramos sin embargo, otras consideraciones conceptuales que retomamos, porque nos parece necesario dejarlas establecidas en una aproximación que puede, llegado el caso, ser un motivo de posterior investigación, bajo el tenor de las posibles líneas de indagación eidética que se describen en este apartado.

Una parte de la doctrina jurídica ha señalado que la inversión extranjera es: "... la acción y efecto de colocar capital, representado de diversas formas, en un país diferente al que pertenecen y residen las personas físicas o morales beneficiarias de la aplicación de los recursos"³²; y dejando de lado los cuestionamientos que hoy en día se tienen del concepto antes citado, debemos contextualizarlo en la realidad que observaron los doctrinarios que aportaron estudios conceptuales de la inversión extranjera, bajo esquemas ajenos al actual proceso de globalización y complementación económica, y que quedaron rezagados frente al amplio margen de posibilidades, que desde la perspectiva legal se describen actualmente; llegando al abuso, cuando menos en

México del concepto de "inversión extranjera", particularmente por el gobierno federal en últimos tiempos.

A la inversión extranjera, se le ha clasificado tradicionalmente en: i) directa y; ii) indirecta. Haciendo referencia de que la primera consiste en la aplicación del capital para emprender negocios en el exterior; y respecto de la segunda, referida a los empréstitos de gobiernos extranjeros y organismos internacionales, obligaciones y demás instrumentos de deuda colocados en el exterior, o a favor de extranjeros³¹.

De la anterior clasificación sin embargo, se desprenden consecuencias jurídicas, económicas y políticas de considerable importancia, si se toma a la ligera el concepto de "inversión extranjera", como lo demostraremos a continuación.

B. Planteamiento del Problema.

El "exceso conceptual" de inversión extranjera, deriva según consideramos, de la ausencia de disposiciones jurídicas claras que encausen y limiten el quehacer del gobierno federal en un contexto de "confusiones" derivadas de la apertura económica.

Con el ingreso de México al GATT en el año de 1986, se formaliza el inicio de una apertura económica, que para el sexenio 1988-1994 se propuso en el marco del Plan Nacional de Desarrollo que: "Se promoverá la inversión extranjera que ayude a alcanzar los objetivos del país, mediante el financiamiento de la

actividad económica, acceso a los mercados, tecnología y empleos³¹. Posteriormente, en ocasión de la comparecencia del entonces Secretario de Comercio y Fomento Industrial ante la Cámara de Senadores, en julio de 1994, resumió la llamada "modernización", y la consecuente apertura económica al señalar que: "... como primer paso, la apertura unilateral de la economía a fin de abatir la inflación, retomar el crecimiento, elevar la competitividad y, así, estar en posibilidades de competir en otros mercados. Como segundo paso, será necesario buscar reciprocidad de la comunidad internacional..."³².

A pesar del discurso festivo, por parte del gobierno federal, los resultados no fueron satisfactorios en realidad, de tal suerte:

"Las proyecciones previas a la puesta en práctica del programa de modernización a partir de 1989 (inserción en el proceso de globalización económica mundial) resultaron falsas: las importaciones crecieron mucho más de lo previsto y las exportaciones en mucha menor proporción. En pocos años la agudización del déficit de la balanza en la cuenta corriente obligó a centrar la atención del gobierno en la captación de divisas, que no habían arribado como inversión extranjera directa en las magnitudes que había previsto (...). La renegociación de la deuda (...) imponía límites a los mecanismos tradicionales, por lo cual se recurrió al endeudamiento indirecto mediante la colocación de certificados de tesorería... y a la apertura del mercado de valores al capital financiero especulativo (hot money)"³³.

El problema del déficit en la cuenta corriente, intentó ser ocultada maquillando la situación real de los flujos de inversión extranjera directa, haciendo uso de los vacíos de ley que permiten un amañamiento de las estadísticas. Es el caso de que el entonces Secretario de Comercio y Fomento Industrial, en ocasión de la comparecencia arriba citada, concluía respecto de los montos de la "inversión extranjera" que: "... el total acumulado durante

el gobierno del presidente Salinas asciende a más de 48,000 millones de dólares".³⁷

Más el abuso del "engaño", resultó con "eco", y distintas estadísticas partían del criterio gubernamental, es el caso del grupo financiero Banamex-Accival que publicó respecto de la "inversión extranjera directa 1989-1994" que: "La entrada de fondos en 1989-1994 supera con creces las estimaciones originales: 48,776 millones de dólares en el periodo (hasta junio de 1994)...".³⁸

"Los engañados de ayer y los sorprendidos de hoy", se conforman con la llamada "sustitución de la deuda de corto a largo plazo", que desafortunadamente califica el gobierno federal, en voz del Secretario de Hacienda y Crédito Público, que se le hace lo mismo expedir certificados de la tesorería a favor de particulares extranjeros para financiar el déficit de la cuenta corriente, que contratar obligaciones de deuda pública con la Reserva y el Tesoro de los Estados Unidos; o en su caso, colocar bonos del gobierno mexicano por 1000 millones de marcos alemanes para hacer un pre-pago de 700 millones de dólares al Tesoro y a la Reserva Federal estadounidense. Es decir, se adquiere deuda para pagar deuda, y más deuda para pagar a la misma. ¿Dónde se quedó la inversión extranjera?³⁹

El problema en verdad es grave, hay que delimitar que es la inversión extranjera y clasificarla, y distinguirla claramente de la deuda pública interna y de la deuda pública externa, ya que está en juego algo más que el "prestigio" del gobierno y funcionarios en turno.

Las disposiciones legales actualmente son el sustento de prácticas poco claras, en donde lo público y lo privado se parecen, o se pretende que sean lo mismo; y donde la inversión extranjera y la deuda extranjera parecen sinónimos. La ley debe delimitar los conceptos legales antes indicados, y normar los procedimientos de manera clara, y sujetar a los mismos a medios de control legal que den certeza y claridad al quehacer público.

Señala el Dr. Rafael Pérez Miranda, respecto del problema: "No se trata sólo de un cuestionamiento técnico, susceptible de diversas opiniones, sobre la ubicación de un indicador económico-financiero más en el informe; se trata de un indicador al que hace referencia el derecho positivo mexicano"⁶⁰. Y del que abundó en la ponencia efectuada en ocasión del Coloquio Internacional: Derecho Económico y Derecho Político de la Integración⁶¹. Por lo que en mérito a lo entonces expuesto, es preciso que los juristas y los legisladores resolvamos éste problema.

IV. Atributos de la Inversión Extranjera en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte.

Consideraciones Preliminares.

Cuando abordamos la definición legal de inversión extranjera, transcribimos y analizamos la Sección "C", del Capítulo IX del TLCAN, referido a las "definiciones legales". Ahora, precisamos desglosar un apartado que contenga las notas características de dicha inversión, es decir los atributos que le ha otorgado el tratado antes mencionado a la inversión extranjera. En un primer

momento, parecería redundante abrir un apartado especial que contenga los atributos de una definición que previamente ya ha sido abordada, sin embargo la pretendida "definición legal" más que enumerar las cualidades, características y atributos del objeto, enumera manifestaciones o actividades de lo que se considera como inversión extranjera a la luz del TLCAN, con lo que la definición de inversión extranjera depende de la consideración que se haga de ella en el texto legal. Así, tenemos en consecuencia: que los atributos que le confiere el multicitado tratado no se han abordado hasta el momento, en virtud de que se requiere desarrollar un concepto doctrinal que intente englobar las diferentes hipótesis legales que comprende la "definición" de inversión extranjera.

De lo anterior, consideramos oportuno aproximarnos a las atribuciones legales que le confiere el TLCAN a la inversión extranjera, y con ello avanzar a una definición doctrinal mejor acabada, y más oportuna para el desarrollo de una investigación posterior. Por otra parte, justificamos el desarrollo de este apartado, en atención de mostrar mayores elementos de juicio que permitan tener una idea más clara, respecto de las condiciones jurídicas en que se encuentra la inversión extranjera en el tratado arriba referido.

Para el Dr. Guillermo Cabanellas, el atributo implica una propiedad, una cualidad²¹. De tal suerte, que cuando nos referimos a los atributos de la inversión extranjera, no ceñimos a las cualidades que por virtud de las disposiciones del TLCAN se le confieren a la misma, es por ello que desglosamos el presente acápite siguiendo el orden previsto en el multicitado

ordenamiento legal. Advirtiendo, que en ocasiones lo que para nosotros son los "atributos", para otros juristas, son considerados como principios¹³.

A. El Trato Nacional.

Sobre el particular podemos decir, que se formaliza la intención de las empresas multinacionales que habían propugnado un trato igualitario respecto de los nacionales de los países anfitriones de la inversión extranjera, ya que desde 1976 con la "Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales" realizada por los miembros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos se establecieron las líneas de orientación para el trato de la inversión extranjera en los países receptores de la misma¹⁴.

Las partes firmantes en el TLCAN se comprometen a dar un "trato nacional" a la inversión extranjera, es decir, "no menos favorable", del que gozan sus nacionales en: i) el establecimiento; ii) adquisición; iii) expansión; iv) administración; v) conducción; vi) operación; vii) venta; y viii) otras disposiciones relativas a las inversiones.

Así pues, a los inversionistas nacionales de Canadá y los Estados Unidos dentro de las reservas¹⁵ y los límites¹⁶ que establecen las leyes mexicanas, siempre y cuando los inversionistas mexicanos se encuentren en "circunstancias similares", no gozarán de privilegios que deciven de su calidad de nacionales mexicanos. Precizando en todo caso, que se reconoce que el trato de nacional implica "un trato no menos favorable" que el "trato más favorable", que se otorgue entre las partes o regiones de las mismas (V. gr. las provincias).

Se dice que al trato nacional "... se le llama usualmente <<simulación>> de los extranjeros a los nacionales y puede variar en cuanto a ser total o parcial, condicional o incondicional; temporal o permanente, o sujetarse al principio de <<reciprocidad>>". Así en el caso del trato nacional de las inversiones incluidas en el TLCAN, es restringido por las reservas y los límites que impone el orden jurídico mexicano, como ya apuntamos en el presente apartado.

B. El Trato de Nación más Favorecida.

Señala en artículo 1103 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, respecto del trato de la nación más favorecida:

"1. Cada una de las partes otorgará a los inversionistas de otra Parte trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.

2. Cada una de las partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones."

De tal suerte que en un complejo de negociaciones bilaterales y multilaterales entre los Estados que buscan mejores condiciones de comercio e inversiones, las partes que firman el TLCAN tienen garantizado un trato preferente como "nación más favorecida" respecto de los logros que tengan otros Estados en sus

negociaciones con México. Precizando de que existen reservas al "trato de nación más favorecida" en el TLCAN, y que dejamos referida en nota 19.

El trato nacional y de nación más favorecida, implica un logro en las negociaciones del TLCAN por parte de los Estados Unidos, ya que fundamentalmente del total de los flujos de inversiones extranjeras que recibe México, encuentran en aquel país el mayor porcentaje. En ese sentido Daniel Price, negociador por parte de los Estados Unidos en el capítulo de inversión, advierte que uno de los objetivos fundamentales es el de eliminar las barreras a la inversión mediante la liberalización de las restricciones existentes²⁰.

Y por si fuera poco claro, el trato de "nacional" y de "nación más favorecida", se previenen disposiciones adicionales que complementan a las antes citadas.

C. Nivel de Trato.

El TLCAN contiene en el artículo 1104, una disposición relativa al nivel del trato para con las inversiones provenientes de los Estados Unidos y el Canadá, y que consisten sustancialmente en que se otorgará, a los inversionistas el "mejor de los tratos" en lo relativo al trato nacional y al trato de nación más favorecida descrito en los párrafos que anteceden. La finalidad es clara: asegurar el trato justo y equitativo a las inversiones extranjeras que pueden estar expuestas a prácticas discriminatorias.

D. Nivel Mínimo de Trato.

Las Partes en el multicitado tratado, se comprometen a otorgar un "nivel mínimo de trato", y que queda descrito en el artículo 1105 del TLC, y que señala:

D.1. Otorgar a los inversionistas un trato acorde con el derecho internacional, además de un trato justo y equitativo, así como de protección y seguridades plenas.

Consideramos que la pretensión del llamado nivel mínimo de trato, es hacer negatoria la posibilidad cuando menos jurídica, de aplicar el hostigamiento y prácticas discriminatorias que afecten a los inversionistas extranjeros en virtud de que históricamente, y en lo particular los inversionistas de los Estados Unidos se han visto afectados por políticas domésticas de los países receptores de sus inversiones, que se traducen el aumento de impuestos, restricciones arancelarias, control de precios, restricciones al cambio de divisas, Etc., y que han representado "expropiaciones simuladas", por virtud de las cuales se obliga a los inversionistas a transferir sus negocios a los nacionales del Estado receptor o al mismo Estado que aplica el hostigamiento o discriminaciones".

D.2. En caso de "conflictos armados y contiendas civiles", dentro del territorio de una de las partes, y que origine pérdidas de los inversionistas extranjeros, se mantendrá un trato "no discriminatorio", en relación con cualquiera medidas que se tengan o adopten respecto las pérdidas de las

inversiones extranjeras. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el apartado D.1. que inmediatamente antecede.

La seguridad de las inversiones norteamericanas en México ha sido tema de debate político entre los mismos norteamericanos, es decir, los asuntos domésticos de México son tema del debate político en los Estados Unidos, y que históricamente han condicionado el reconocimiento de gobiernos mexicanos, a las seguridades plenas de los intereses de los Estados Unidos en México, es el caso de los Gobiernos de Adolfo de la Huerta, y posteriormente de Alvaro Obregón, que fueron condicionados y presionados a la firma de un tratado de "amistad y comercio", para obtener el apoyo de los Estados Unidos. De lo anterior se desprenden los llamados "acuerdos de Bucareli" de 1923, en donde se replantean las reglas de la relación económica con los Estados Unidos, y en lo particular en el ámbito de la seguridad de las inversiones extranjeras. Por lo que el apartado que hoy nos ocupa no es nuevo en la relación con los Estados Unidos de Norteamérica²².

E. Requisitos de Desempeño.

Sobre el particular, la limitación a los requisitos de desempeño implica la liberalización de las inversiones extranjeras respecto de requisitos que limitan el desarrollo económico de las mismas, y que por ende implican una eliminación de los obstáculos que la condicionan. Así tenemos, que en el artículo 1106 del TLCAN se establece un apartado relativo a los requisitos de desempeño, y que citamos textualmente:

1. Ninguna de las partes podrá imponer ni hacer cumplir cualquiera de los siguientes requisitos o hacer cumplir ningún compromiso o iniciativa, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión de un inversionista de una Parte o de un país no Parte en su territorio para:

- a) explotar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios;
- b) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;
- c) adquirir o utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos o servicios prestados en su territorio, o adquirir bienes de los productores o servicios de prestadores de servicios en su territorio;
- d) relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión;
- e) restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o ganancias que generen en divisas;
- f) transferir a una persona en su territorio, tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento reservado, salvo cuando el requisito se le imponga o el compromiso o iniciativa se hagan cumplir por un tribunal judicial o administrativo o autoridad competente para reparar una supuesta violación e las leyes en materia de competencia para actuar de una manera que no sea incompatible con otras disposiciones del tratado;
- g) actuar como el proveedor exclusivo de los bienes que produce o servicios que presta para un mercado específico, regional o mundial.

2. La medida que exija que una inversión emplee tecnología para cumplir en lo general con requisitos aplicables a la salud, seguridad o medio ambiente, no será considerada incompatible con el párrafo 1 (f). Para brindar mayor certeza, los artículos 1102 y 1103 se aplica a la citada medida.

3. Ninguna de las partes podrá condicionar la recepción de una ventaja o que se continúe recibiendo la misma, en relación con una inversión en su territorio por parte de un inversionista de un país Parte o no Parte, al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;
- b) comprar, utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos en su territorio, o a comprar bienes de productores en su territorio;
- c) relacionar, en cualquier forma, el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de entradas de divisas asociadas con dicha inversión; o
- d) restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas.

4. Nada de lo dispuesto en el párrafo 3 se interpretará como impedimento para que una Parte condicione la recepción de una ventaja o la continuación de su recepción, en relación con una inversión en su territorio por parte de un inversionista de un país Parte o no Parte, al

requisito de que ubique la producción, preste servicio, capacite o emplee trabajadores, construya o amplie instalaciones particulares, o lleve a cabo investigación y desarrollo, en su territorio.

5. Los párrafos 1 y 3 no se aplican a ningún otro requisito distinto a los señalados en esos párrafos.

6. Siempre que dicha medida no se aplique de manera arbitraria o injustificada, o no constituyen una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales, nada de lo dispuesto en los párrafos 1 (b) o (c) o 3 (a) o (b) se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental necesaria para:

- a) asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentaciones que no sean incompatibles con las disposiciones de este Tratado;
- b) proteger la vida o salud humana, animal o vegetal; o
- c) la preservación de los recursos naturales no renovables vivos o no."

En suma, podemos advertir de la lectura del artículo en cita, que al inversionista extranjero se le garantiza la no imposición de requisitos de desempeño que condicionen su actividad, con algunas salvedades también descritas en el texto.

Encontramos⁴³ básicamente dos objetivos que se buscan con la implantación del precepto legal invocado, y que son:

- i) evitar prácticas que distorsionen el comercio, y que imponen los Estados a los nacionales o a los inversionistas extranjeros mediante los requisitos de desempeño.
- ii) garantizar una autonomía de las empresas frente a las decisiones del Estado.

Considerando las limitaciones, que nos impone nuestro objeto de estudio, dejamos para mejor oportunidad, mayor abundamiento sobre el presente apartado.

IV. Conclusiones Preliminares.

- A. La de definición legal de inversión extranjera prevista en el TLC es muy flexible, a efecto de hacerla operativa en el contexto del pragmatismo económico imperante en la globalización de la economía, además que se origina en el sistema jurídico anglosajón.
- B. En el caso de la expropiación de una empresa, se debe considerar la constitucionalidad del ejercicio de la actividad económica del Estado, para desarrollar la actividad propia de la misma.
- C. La expropiación de las acciones de una empresa proceden en cuanto le otorguen al Estado el control de la misma, atendiendo la constitucionalidad de la actividad empresarial del mismo Estado.
- D. La expropiación de cantidades liquidas, contratos representativos o instrumentos de deuda previstas como inversión extranjera en el TLCAN son sujetas del acto expropiatorio, por ir en contra de la naturaleza del mismo. Además, los derechos que impliquen la participación de los ingresos o utilidades de las empresas, no son materia de expropiación.
- E. La expropiación de una empresa alcanza a los derechos reales sobre la propiedad intangible, ya que de otra manera sería inoperante como unidad

productiva. Sin embargo, hay que hacer la distinción entre la inversión extranjera con la propiedad intelectual.

- F. Es necesario revisar la legislación respecto de los problemas que derivan de la relación inversión extranjera y deuda, para ceñir y apoyar las atribuciones de la autoridad administrativa en el desempeño de sus facultades legales.
- G. Los atributos legales de trato nacional, trato de nación más favorecida, y el mejor de los tratos como nivel mínimo de trato, y las garantías a los requisitos de desempeño, proporcionan a los inversionistas extranjeros y a sus inversiones:
- i) incentivos para promover la inversión extranjera.
 - ii) seguridad jurídica en contra de prácticas discriminatorias y hostigamiento, por parte de los Estados receptores de la inversión extranjera.
 - iii) el establecimiento de los límites y reservas a favor de los Estados frente a la inversión extranjera.
 - iv) la liberalización de condiciones o requisitos para el desarrollo económico de la inversión extranjera.
- H. Las inversiones extranjeras mediante el TLCAN, tienen condiciones para asegurar una mayor rentabilidad dentro de una estrategia global, y les permite además asegurar el libre flujo de sus capitales.

NOTAS DEL CAPÍTULO SEGUNDO.

1. Cfr. Artículo 102, apartado 1, inciso "c", del Tratado de Libre Comercio para América del Norte.
2. *Ibid.* inciso "e".
3. Cfr. PÉREZ MIRANDA, Rafael. Integración y Derecho Económico. México. E.N.E.P.-Acatlán, 1995, p.36.
4. *Vid.* Diario Oficial de la Federación del 27 de Diciembre de 1993.
5. El artículo 2 de la Ley de Inversión Extranjera vigente previene:
 "Para los efectos de esta ley, se entenderá por:
 ...
 II. Inversión extranjera:
 a) La participación de inversionistas extranjeros, en cualquier proporción, en el capital social de sociedades mexicanas;
 b) La realizada por sociedades mexicanas con mayoría de capital extranjero en las actividades y actos contemplados por la ley.
 III. Inversionista extranjero: a la persona física o moral de nacionalidad distinta a la mexicana y las entidades extranjeras sin personalidad jurídica;

6. Cfr. BURGOA, Ignacio. Las Garantías Individuales. 20a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1986, pp. 713-723.
7. Cfr. Artículo 1139, Sección C, del Capítulo XI.
8. Cfr. Artículos 18, 19, 20, 21, y 22 de la Ley de Inversión Extranjera vigente.
9. Cfr. PÉREZ MIRANDA, Rafael. Estructura Jurídico-Económica de la Inversión Extranjera en México y en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (Apuntes). México, UNAM - Programa de Posgrado de la E.N.E.P.-Acatlán / Universidad Autónoma Metropolitana - México. 1994, p. 44.

10. Cfr. SEPULVEDA, Bernardo y CHUMACERO, Antonio. La Inversión Extranjera en México. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 16 y ss.
11. Cfr. MONTAVON, Remy. La Implantación de Dos Empresas Multinacionales en México. México, Ed. Premia, 1980, pp. 39-89.
12. Cfr. Artículo 1 de la Ley General de Deuda Pública en vigor.
13. Cfr. Artículo 2 del Código de Comercio.
14. Cfr. SERRA ROJAS, Andrés. Derecho Administrativo. 14 ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1988, T. I, p. 334.
15. Cfr. FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. 27 ed., México, Ed. Porrúa S.A., 1988, p. 316.
16. Cfr. Artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, vigente.
17. *Ibid.* artículo 349.
18. *Ibid.* artículo 350.
19. Cfr. Artículos 11, 12, 13, 14, 19, 21, 22 y demás relativos de la Ley de Inversión Extranjera, vigente.
20. Cfr. Artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, vigente.
21. *Ibid.*
22. Cfr. ABASCAL ZAMORA, José María. "La Joint Venture Internacional". El Financiero, n. 3599, México, 01 de febrero de 1995, 08A.
23. *Ibid.*

24. Cfr. ABASCAL ZAMORA, José María. "La Joint Venture Internacional IV". Los Contratos y sus Cláusulas. El Financiero, n. 3606, México, 08 de febrero de 1995, 06A.
25. Cfr. Artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles vigente.
26. *Ibid.* artículo 253.
27. *Ibid.* artículo 254.
28. El Artículo 1109, párrafo cuatro señala:
- "No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, las partes podrán impedir la realización de transferencias, por medio de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes en los siguientes casos:*
- a) quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores;*
 - b) emisión, comercio y operaciones de valores;*
 - c) infracciones penales;*
 - d) informes de transferencias de divisas u otros instrumentos monetarios;*
 - e) garantía del cumplimiento de fallos en procedimientos contenciosos."*
29. *Vid. Supra*, apartado D, pp. 55-53.
30. Cfr. El artículo 1701, del Capítulo XVII del TLC, señala en su párrafo dos:

"Con el objeto de otorgar protección y defensa adecuada y eficaz a los derechos de propiedad intelectual, cada una de las partes aplicará, cuando menos, este capítulo y las disposiciones sustantivas de:

- a) el Convenio de Ginebra para la Protección de los Productores de Fonogramas Contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas, 1971 (Convenio de Ginebra);*
- b) el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, 1971 (Convenio de Berna);*
- c) el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, 1967 (Convenio de París);*
- d) El Convenio Internacional para la Protección de la Obtenciones Vegetales, 1978 (Convenio UPOV), o la Convención Internacional para la Protección de Nuevas Variedades de Plantas, 1991 (Convenio UPOV).*

Las partes harán todo lo posible para adherirse a los textos citados de esos convenios si aún no son parte de ellos a la fecha de entrada en vigor de este Tratado."

31. El artículo 77 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, vigente, señala:

"Por causas de emergencia o seguridad nacional y mientras duren éstas, el Instituto, por declaración que se publicará en el Diario Oficial, determinará que la explotación de ciertas patentes pueda hacerse mediante la concesión de licencias de utilidad pública, en los casos en que, de no hacerlo así, se impida, entorpezca o encarezca la producción, prestación o distribución de satisfactores básicos para la población..."

32. Cfr. ARELLANO GARCIA, Carlos. Derecho Internacional Privado. Ba. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1986, p. 482.
33. *Ibid.* pp. 484-486.
34. Cfr. Plan Nacional de Desarrollo 1988-1994. México, Talleres Gráficos de la Nación, 1989, p. xviii.
35. Cfr. Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. Discurso Pronunciado el 7 de Julio de 1994 por el Dr. Jaime Serra Puche, Secretario de Comercio y Fomento Industrial, ante la Comisión de Comercio de la H. Cámara de Senadores. S E., 1994, p. 6.
36. Pérez Miranda, Op. Cit., pp. 11-12.
37. Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, Op. Cit., p. 37.
38. Cfr. GRUPO FINANCIERO BANAMEX ACCIVAL. Examen de la Situación Económica de México. v. LXI, n. 830 y 831, Enero-Febrero, p.36.
39. Cfr. El Financiero. n. 3571, México, 04 de enero de 1995, p. 4.

El Financiero. n. 3572; México, 05 de enero de 1995, pp. 4, 5, 6 y 28.

El Financiero. n. 3841, México, 06 de Octubre de 1995, p. 4

40. Pérez Miranda, *Op. Cit.*, p. 47.
41. Cfr. PÉREZ MIRANDA, Rafael. Integración y Derecho Económico. México. E.N.E.P.-Acatlán, 1995, pp. 145-160.
42. Cfr. CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 20a. ed., Buenos Aires, Argentina, Ed. Heliasta, S.R.L., 1986, T. I, p. 407.
43. Cfr. GARCÍA MORENO, Carlos y Silva, Jorge Alberto. La Inversión en el TLC; el Arbitraje Como Medio de Solución de Controversias (Capítulo XI). Ponencia en el XVIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, desarrollado en la Universidad de las Américas, Cd. de Cholula, Puebla. 1994, p.10; en el mismo sentido: Cfr. PÉREZ MIRANDA, Rafael. Integración y Derecho Económico. México. E.N.E.P.-Acatlán, 1995, p.37, 38, 39 y ss.
44. Cfr. Perspectivas Económicas, n. 20, Washington, D. C., 1977. p. 65.
45. Cfr. Artículo 1102 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte.
46. Cfr. Anexos I, II y III del Tratado de Libre Comercio para América del Norte.
47. Para el jurista Jaime Álvarez Soberanis, las excepciones que tiene el trato nacional son:
 - i) los servicios financieros (excepto en el caso de los seguros) y ; ii) "la cláusula abuelo", que consiste en que las medidas y prácticas discriminatorias que se establecen entre las partes, antes de la firma del TLCAN, subsisten después de su entrada en vigor, aunque dichas medidas pueden ser reformadas con posterioridad a condición de que sean

acordes con las obligaciones derivadas del tratamiento nacional. Pérez Miranda, *Op. Cit.* p. 38.

48. *Ibid.*

49. *Cfr.* Anexo IV del Tratado de Libre Comercio para América del Norte.

50. GARCÍA MORENO, *Op. Cit.* pp. 4 y 5.

51. *Perspectivas Económicas, Op. Cit.*, p. 64 y ss.

52. *Cfr.* MEYER, Lorenzo. Liberalismo Autoritario. Las Contradicciones del Sistema Político Mexicano. México, Ed. Océano, S.A. de C.V., 1995, pp. 48-53.

53. García Moreno, *Op. Cit.* p. 13.

CAPÍTULO TERCERO.

La Regulación de la Expropiación de la Inversión Extranjera en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte y Disposiciones Jurídicas Correlativas.

I. Consideraciones Generales.

Partiendo del axioma de que la norma de derecho tiene su origen en una realidad social que necesita ser regulada por las disposiciones jurídicas, y que esa misma realidad social va evolucionando, y con ello exigiendo del derecho una actualización constante que le permita ser compatible con la misma. Consideramos necesario para el desarrollo de nuestro trabajo, entrar en un mayor detenimiento reflexivo respecto de la realidad social en sentido lato, y que ha dado origen a las disposiciones normativas del Tratado de Libre Comercio para América del Norte en materia de inversiones extranjeras. Ya se ha considerado en el segundo capítulo un estudio del concepto jurídico de la inversión extranjera en el tratado antes citado, además de referirnos a algunos problemas de orden conceptual que imperan a la fecha, respecto de la clasificación de la inversión extranjera en nuestro derecho positivo vigente, y aún más, abundamos respecto de los atributos que se le confieren a las mismas. Ahora bien, en estos momentos impera la necesidad de tratar de explicar, cuando menos en una aproximación muy general del porqué de ese trato normativo, y poder tener en consecuencia un panorama más amplio de la expropiación de la inversión extranjera a la luz del TLCAN y con otras

disposiciones jurídicas que le son correlativas, como es el caso de la legislación de expropiación de jurisdicción federal.

A. La Integración Económica.

Se ha dicho que: "El propio desarrollo histórico de la humanidad es un continuo proceso de integración en todas sus manifestaciones..."¹; y dentro de esas manifestaciones encontramos a los procesos económicos mundiales, que en buena medida se han acelerado con el desarrollo de las comunicaciones y telecomunicaciones, y que dentro de un marco más amplio de desarrollo tecnológico se han generado una explosión de fenómenos sociales inéditos, y que en muchos casos se encuentran aún irresueltos por el derecho.

La interrelación que se da entre los problemas globales de orden económico, político, ambiental y financiero nos imponen una reflexión prudente, respecto de la influencia que han tenido y tienen los mismos en la formulación del Tratado de Libre Comercio para América del Norte y otras disposiciones jurídicas de alcance internacional. Así pues, nuestro bosquejo se reduce a una exposición breve que parte del fenómeno de la integración económica, de tal suerte desde el punto de vista económico se ha afirmado que es un proceso en el cual dos o más mercados nacionales (delimitados, desde el punto de vista jurídico, por cada una de las jurisdicciones estatales) que previamente están separados, y que tienen dimensiones unitarias estimadas poco adecuadas se unen con el objeto de formar un solo mercado de dimensión más idónea².

La intención de unir dos mercados previamente separados implica una serie de problemas, ya que cada uno de los Estados debe atender a los problemas que van a derivar de ese acoplamiento, y que se pueden traducir en dificultades en la economía doméstica, desde luego también en trastornos de orden social. Así pues, se hace imperativo guardar todos los cuidados necesarios para que el proceso de integración económica tenga los menores costos para los Estados; y con ello deriva la necesidad de determinar un período de transición que permita, de conformidad con los imperativos de la seguridad estatal particular, acelerar la formación de un solo mercado.

No es aventurado afirmar que los problemas que derivan de esos procesos de integración económica trastornan las ideas políticas tradicionales del Estado-nación, es el caso de la soberanía nacional, en que se sustentan nuestras instituciones políticas.

Consideramos que los problemas de la integración económica, se pueden desglosar en tres grandes apartados:

i) El político que deriva de la naturaleza misma del Estado, ya que del reacomodo de sus estructuras institucionales para hacerlas compatibles con el propósito de formar un solo mercado, implica la consideración de una política supranacional en donde impera el interés del mercado común, que no necesariamente es compatible con las necesidades o intereses del mercado doméstico, con lo que se dan trastornos en las relaciones políticas tradicionales entre los grupos económicos, políticos y sociales que se ven interferidos por intereses extraños provenientes de otro Estado. De lo

anterior se deduce claramente que al afectarse las relaciones tradicionales de una sociedad, potencialmente entramos en riesgo de conflictos que necesariamente deben ser atendidos por la norma jurídica.

ii) El económico que bien puede traducirse en una serie de ventajas como: la producción a escala, la intensificación de la competencia, la atenuación de problemas de pagos internacionales, el desarrollo de nuevas actividades económicas, la formulación de una política económica más congruente con las necesidades globales, el aumento de las fuentes de empleo, etcétera; pero que también implica desventajas como la reducción de salarios y prestaciones sociales, la intensificación de la mano de obra y su desplazamiento, problemas de balanza de pagos y otros. Ahora bien, si atendemos a los imperativos de nuestro objeto de estudio podemos afirmar que se trata de un problema muy complejo que tiene implicaciones jurídicas que requieren ser atendidas. Acaso solo dejamos en nota la referencia para mayores elementos de reflexión sobre el particular.

iii) El jurídico, ya que al imperar una nueva realidad social, es menester crear disposiciones jurídicas que atiendan su cometido, es decir normar la conducta de los individuos. Destacamos en este punto, de que al tratarse de un proceso de integración económica, se trata de una transformación acelerada que conlleva realidades inéditas que se relacionan con las realidades de otros Estados que participan en ese proceso de integración del mercado. Es decir, el novedoso complejo de la realidad social en sentido lato exige un trabajo doctrinal, legislativo, jurisprudencial y reglamentario indispensable para lograr un tránsito ordenado con el propósito de la unión del mercado.

Los problemas antes indicados conllevan a la organización de una base política supranacional, ya que es necesaria una coordinación política más estrecha, y para algunos debe derivar en una unión política⁴. Lo cierto es que el proceso de integración económica tiene implicaciones políticas y jurídicas de la mayor relevancia, es por ello que no pueden separarse esos aspectos de manera alguna.

A. 1. Formas de Integración Económica.

Acuden al respecto diversos criterios que nos pueden servir de marco para clasificar las distintas formas de integración que se están dando; de tal suerte, podemos atender a un criterio de integración sectorial, regional o global. Pero para efectos de nuestro estudio y considerando que la integración económica es un proceso, retomamos el criterio gradualista que sugiere Ramón Tamames⁵ que señala que se clasifican en: i) sistema de preferencias aduanera; ii) zonas de libre comercio; iii) uniones aduaneras y; iii) uniones económicas.

Brevemente podemos decir que el sistema de preferencias aduaneras consiste en que un conjunto de jurisdicciones aduaneras se conceden privilegios que implican ventajas, que no se extienden a terceros países, y en consecuencia suspenden para estos últimos la cláusula de nación más favorecida. Por otra parte, la llamada Zona de Libre Comercio es un estado del proceso de integración más avanzado, y que se le considera muy poco estable, debido a que tiene un carácter aceleradamente transitorio, es decir que por las inercias del mercado tienden a llegar a la otra etapa de la integración que es la unión aduanera, o pueden llegar a desaparecer. Así tenemos que a la zona de libre comercio se le puede conceptualizar como: "una área formada por dos o más

países que de forma inmediata o paulatinamente suprimen las trabas aduaneras y comerciales entre sí, pero manteniendo cada uno frente a terceros su propio arancel de aduanas y su particular régimen de comercio". En tanto que la unión aduanera, además de revestir las características de la zona de libre comercio tiene como elemento adicional y diferente la adopción de un arancel que les es común frente a otros países, y cuando se llega a una maduración de la unión aduanera se llega al otro punto del proceso de integración económica, que es la unión económica.

B. Antecedentes de la Integración Económica en una Zona de Libre Comercio para América del Norte.

En 1986, México se integra al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) y con ello se inicia formalmente un proceso de apertura comercial importante, con la reducción a los aranceles de importación y liberalización de importaciones y exportaciones. Dentro de los puntos más relevantes que hay que destacar, encontramos que se previenen las condiciones básicas para la formación de zonas de libre comercio (artículo XXIV del GATT), así como la liberalización de las trabas al comercio, a los países miembros de conformidad con plazos razonables, que conforme a un plan se han establecido.

B.1. El Free Trade Area.

Los Estados Unidos y Canadá mediante sus representantes, el presidente Ronald Reagan y el Primer Ministro Brian Mulroney firmaron el 2 de Enero de 1988 el Free Trade Area (FTA), y previa ratificación del Congreso estadounidense y del Parlamento de Ottawa, entró en vigor el 1 de enero de 1989. Así con la

constitución de una zona de libre comercio, se establecieron acuerdos importantes en materia de inversión extranjera al otorgarles a las empresas un trato nacional, con algunas excepciones, además de establecer procedimientos de solución de controversias en materia de prácticas desleales de comercio mediante procedimientos arbitrales, además de crear una comisión bilateral de nivel ministerial para la aplicación y administración del acuerdo, y otros que por motivo de nuestro objeto de estudio no consideramos citarlos.

B.2. La Iniciativa de las Américas.

Con el fracaso del Plan Brady, el presidente de los Estados Unidos George Bush propone la llamada iniciativa de las Américas, que se sustenta en la reducción de la deuda, en la inversión y el libre comercio, teniendo como finalidad lograr un sistema de libre comercio para América del Norte, Centroamérica y América del Sur*.

La iniciativa se debe contextualizar en el marco de una tendencia global de integración económica, de tal suerte podemos destacar por ejemplo, en Europa la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea. Asimismo, la negociación de la Ronda Uruguay de GATT, de la que nos referiremos más adelante.

En el marco del Free Trade Area, y con la iniciativa de los Estados Unidos y el consentimiento del Canadá, se instrumentó la referida Iniciativa de las Américas, que en su primer paso al negociar con México un tratado de libre comercio para América del Norte, se proyecta la constitución de una zona de libre comercio continental. Así por su tamaño destaca con más de 360 millones

de consumidores y 6 billones de dólares del PIB, la zona de libre comercio entre Canadá, los Estados Unidos y México.

Previo a la ratificación del Congreso norteamericano, el Parlamento canadiense y el Senado de México, entra en vigor el Tratado de Libre Comercio para América del Norte el 1 de enero de 1994, y que constituye un documento jurídico que formaliza el rompimiento con una tradición fundamentalmente intervencionista y protectora del Estado mexicano en la economía:

El TLCAN como instrumento normativo, establece un periodo asimétrico favorable a México, en el cual se espera una complementación económica que no es otra cosa que la integración económica en una de sus fases de desarrollo, como lo es una zona de libre comercio.

C. Prospectivas de Integración de México.

Los procesos de integración económica se están desarrollando de una manera acelerada, pero debemos apreciar que se trata de un proceso mucho más complejo que el ámbito puramente económico. De inmediato tenemos que México ya ratificó y promulgó el Acta Final de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales y, por lo tanto, el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio³. Es decir, México participa en el desarrollo de la integración económica mundial.

Es evidente el reducido espacio con el que contamos, para aproximarnos a las expectativas de la OMC, y ya que merece atención aparte, sólo dejamos

constancia de su importancia en el marco normativo, ya que se trata de un tratado internacional.

La visión de una zona de libre comercio continental está bien definida en la política exterior desarrollada por México; de tal suerte, según aprecian el TLCAN abre nuevas oportunidades de integración con América Latina, por lo que no es exacto de que se trata de un proceso de aislamiento de México para con América Latina¹⁰.

A la luz del Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, el gobierno federal plantea dentro de los objetivos del apartado relativo a la soberanía: el de la promoción del libre comercio y la estabilidad financiera¹¹. Y dentro de las estrategias y líneas de acción¹², el mismo documento establece que para ampliar y fortalecer el papel de México en la dinámica mundial, en el marco de los nuevos vínculos de la política exterior, e interior se deben atender los siguientes apartados: primero, en la relación con América del Norte, destaca el imperativo de asegurar la vigencia del TLCAN; segundo, en la relación con Centroamérica señala que es del interés nacional llegar a consolidar un acuerdo de libre comercio en la región; tercero, en la relación con América del Sur, plantea el propósito de expandir acuerdos comerciales, consolidando acuerdos de libre comercio; cuarto, de la diversificación de relaciones de México con el resto mundo destaca: i) las de la Unión Europea, en donde se dará prioridad para alcanzar un tratado de libre comercio; ii) en el Pacífico Asiático, y da prioridad a la promoción del comercio y la inversión, buscando mayor acercamiento con la República Popular China; iii) en Medio Oriente y Africa, destaca la necesidad de renovar los vínculos de cooperación

tradicionales, ya que se trata de ámbitos de comercio e inversión "innegables e inexplorados".

Por su parte Samuel P. Huntington¹³, señala que a largo plazo se trata de un proceso de redefinición para cambiar a una civilización por otra, es decir, se proyecta un cambio de México de la cultura latinoamericana, para transformarse en una cultura norteamericana

Así, a manera de conclusión preliminar podemos afirmar que México se encuentra en una corriente global de integración económica en donde el TLCAN, constituye en principio, el propósito de una zona de libre comercio en América; y que los vínculos con otras zonas de integración económicas son incipientes, pero considerados en la política exterior de México.

La integración económica implica necesariamente un proyecto político y económico, que en lo fundamental se vincula con los Estados Unidos, y que engendra como toda transformación, un cambio de concepciones políticas, económicas y culturales con necesarios efectos en el orden social establecido, y que por sus consecuencias requerirá un marco normativo que regule dicha transformación. Consideramos que es el caso del tratamiento jurídico que se le da a la inversión extranjera en el TLCAN; y en lo particular, por lo que toca a la expropiación de la misma, recordemos que ya habíamos establecido¹⁴ que el mismo concepto de utilidad pública en que se funda el acto expropiatorio, está afectado de las concepciones ideológicas y políticas que imperan en un tiempo y espacio determinados; es decir, se trata de un concepto elástico.

D. El Modelo Neoliberal.

El propósito de atender el presente apartado se sustenta en que por las características que se generan en el modelo neoliberal, se tiene un vínculo muy estrecho con el proceso de integración económica. Así, en opinión de Herminio Blanco¹⁵, dentro de las razones internas de la política de negociaciones comerciales internacionales de México se encuentra: el agotamiento del modelo de desarrollo de sustitución de importaciones (1958-1982), y dentro de las razones externas se encuentran: primero, la globalización de la economía mundial mediante la formación de bloques económicos y; segundo, la intensa competencia por los capitales, que se traducen en inversiones extranjeras y nacionales.

Con el agotamiento del modelo de desarrollo de sustitución de importaciones, se plantearon propuestas alternativas; así por ejemplo, Rolando Cordera y Carlos Tello¹⁶ parten de una visión global de las opciones de desarrollo que se pueden aplicar en México, y consideran que hubo dos vertientes a seguir: un proyecto neoliberal, y otro que ellos llaman un proyecto nacional. Respecto del primero advierten que se trata de un proyecto de complementación económica con los Estados Unidos, y describen las características del proyecto neoliberal que enumeramos, bajo la consideración de que deriva del propósito de la complementación económica con los Estados Unidos, construyendo un sistema global de mutua cooperación, y con ello se daría un proyecto a largo plazo que implica:

- 1) un proceso de homogeneización cultural entre los dos países.

- ii) la cohesión ideológica de la economía y la política, desde la perspectiva norteamericana.
- iii) el gasto público debe reducir la inversión no productiva.
- iv) se deben moderar las demandas salariales de los sindicatos, basado en el precio real de la fuerza de trabajo, y no en el que se determine por factores políticos.
- v) las empresas públicas deben ser subsidiarias de las empresas privadas, alentando la expansión de las últimas.
- vi) se debe liberar el mercado a efecto de promover la división internacional del trabajo.
- vii) una complementación agrícola entre México y los Estados Unidos.
- viii) México sería un abastecedor seguro de hidrocarburos para los Estados Unidos.
- ix) la industria mexicana sería complementaria con la de los Estados Unidos, con una fuerte dependencia científica y tecnológica, y sustentado en una abundante mano de obra no calificada y salarios bajos.

x) la política del Estado mexicano en materia laboral, educativa, y de bienestar social se determinaría y vincularía, por y para la complementación económica con los Estados Unidos.

xi) se garantizaría y promovería la inversión extranjera.

xii) la base social del proyecto neoliberal se sustenta en la alta burguesía que se vincula al capital extranjero

De lo anterior, podemos afirmar que el proyecto implica una reducción de la participación del Estado en la economía, lo que se tradujo en un proceso muy importante de privatizaciones de empresas paraestatales, y que como apunta Jacques Rogozinski¹⁷ se trata de un fenómeno mundial que inicia prácticamente en la década de los ochenta, y apunta como ejemplo los procesos de privatizaciones de las empresas públicas llevadas en Chile y el Reino Unido. Y por lo que corresponde a México, destaca que en 1982 el Estado participaba en 63 ramas de la actividad económica, y dentro de ellas en 45 lo hacía de manera intensiva a través de sus 1,155 entidades paraestatales; y en razón del proceso de desincorporación, y consecuente privatización de las entidades paraestatales, para mayo de 1993 la participación se redujo 264 paraestatales, y otras 51 se encontraban en proceso de desincorporación, además de que prácticamente el Estado se ha retirado completamente de la participación en 30 ramas de la actividad económica¹⁸.

En suma: podemos afirmar que con la reducción de la actividad económica del Estado mediante las entidades paraestatales, se limita también la concepción estatal de expropiar empresas de capital extranjero.

E. El Desarrollo Producciones a Escala como Estrategia que Evita la Expropiación.

Al abrirse un mercado más amplio, se da una tendencia a la expansión de las actividades productivas de una empresa, y en el marco de regulaciones que incentivan y protegen las inversiones extranjeras, hay una tendencia para que las empresas, particularmente las transnacionales, desarrollen una organización productiva en áreas estratégicas que les permitan una posición dominante en el mercado.

Las filiales de las empresas transnacionales tienen una personalidad jurídica diferente de su matriz, así desde el punto de vista jurídico existen diferentes empresas, pero que tienen un sólo interés económico, y que constituyen sólo una entidad económica, formada por un conglomerado de personas jurídicas con propósitos económicos comunes, y de organización sistemáticamente definida en un sólo centro de interés económico global, y con una dirección que vincula y controla con tales propósitos. Así se desarrollan empresas transnacionales que organizan su producción a escala con sus filiales distribuidas estratégicamente en diferentes países, y que producen sus propios insumos, imponiendo serias dificultades para establecer los verdaderos costos de producción, y desarrollando operativamente subfacturaciones, sobrefacturaciones, financiamientos ficticios y otras prácticas que podemos calificar de fraudulentas en perjuicio del fisco local, además de eludir

cualquier control de precios, y por lo que toca a la posibilidad de la expropiación por parte de los países anfitriones se hace de imposible realización, en virtud de que existe una marcada dependencia operativa con el conjunto de empresas que siguen los designios de la matriz.

El desarrollo de economías a escala, alienta la formación de organizaciones transnacionales que evaden las acciones de los Estados, como en el caso de la expropiación.

II. Consideraciones Político-institucionales del Acto Expropiatorio en México.

En el contexto del Estado de iure, las autoridades se deben someter al principio de legalidad en su quehacer público. De tal suerte, en el procedimiento de expropiación por causa de utilidad pública, debemos atender las previsiones legales que establecen el marco de acción de las autoridades, y que ya se han citado textualmente, y que ahora recapitulamos en los siguientes esquemas.

Primero. Corresponde al poder legislativo, en sus diferentes ámbitos competenciales (federal y local), crear en el contexto normativo, el procedimiento de la expropiación por causa de utilidad pública. Es decir, determina las disposiciones generales, abstractas y obligatorias de la secuela procesal, al que se sujetan los demás órganos estatales vinculados con dicha institución jurídica, partiendo desde luego de las determinaciones constitucionales, en virtud de que se trata de una legislación reglamentaria. Además de ser confirmado por la jurisprudencia respectiva¹⁸.

Segundo. De conformidad con las leyes establecidas, la autoridad administrativa le corresponde hacer la declaración de expropiación, y hacer el pago de indemnización que corresponda.

En atención a su labor ejecutiva, el órgano administrativo despliega sus atributos de autoridad y ejerce un acto administrativo, que con carácter imperativo, modifica a la propiedad privada forzando al particular a desocupar su propiedad a favor del Estado; y éste último a su vez lo compensa mediante una indemnización.

Tercero. Corresponde sólo en caso de revisión del monto de la indemnización, a los tribunales federales determinarlos, como ha quedado asentado en el apartado relativo a la indemnización²⁰.

Las resoluciones judiciales, tienen un carácter imperativo, ya que resuelven o declaran derechos derivados de conflictos o hechos concretos, que requieren de la potestad estatal para garantizar el imperio de la ley. En otras palabras, el acto judicial tiene un carácter imperativo y concreto, que se origina de los conflictos derivados de los derechos de los particulares, y extraordinariamente de un derecho que requiere ser declarado para ser observado de manera imperativa (jurisdicción voluntaria), además que actúa a petición de parte interesada.

El Código Federal de Procedimientos Civiles en vigor establece el procedimiento de avalúo en los casos de expropiación²¹, y en consecuencia los

tribunales federales deben atender dichas disposiciones, mismas que hoy no nos corresponde abundar.

El juicio de amparo no procede contra la expropiación en sí misma, pero sí por no sujetarse las autoridades al principio de legalidad que ineludiblemente deben acatar. Recordemos que hay jurisprudencia en ese sentido²².

Los actos legislativos, administrativos o judiciales tienen notas características que derivan de su calidad de autoridad. La autoridad como detentora de una potestad de imperium, que ejerce actos imperativos y coercibles ha sido abordada en su oportunidad²³, pero debemos destacar, que bajo el contexto del presente trabajo, los gobernados se sujetan a las determinaciones que se generan de las autoridades mexicanas, y que en el caso de los extranjeros, se "someten" a la autoridad mexicana en virtud de la llamada cláusula calvo, que deriva del artículo 27 constitucional que dispone, en su fracción primera, el compromiso expreso por parte de los extranjeros a limitar sus derechos respecto de los nacionales mexicanos, en cuanto a la adquisición de determinadas propiedades reservadas para los mexicanos, y de no invocar la protección o beneficios derivados de los derechos que les otorga un Estado extranjero, bajo pena de perder a favor del Estado Mexicano los derechos que hubiese adquirido en virtud del mismo. En suma: extranjeros y mexicanos, debieran sujetarse, en todos los casos a la autoridad mexicana, no observando, disposición de potestad extranjera alguna.

Cuarto. Dentro de los objetivos del TLCAN, habíamos establecido²⁴ que se encuentran el de aumentar el flujo de inversiones en los territorios de

México, Canadá y los Estados Unidos, además de crear procedimientos para la aplicación del tratado y su conjunta administración, es decir, generar instrumentos para la solución de controversias.

Sobre la solución de controversias derivadas de la expropiación de la inversión extranjera, previene el TLCAN un mecanismo especial para dar solución a las mismas, así tenemos que el capítulo XI, sección "B" llamado de la "Solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra parte", queda establecido dentro del artículo 1115 el objetivo de que:

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

El mecanismo para la solución de controversias previsto en el capítulo XI es el del arbitraje, de tal suerte queda establecido en el artículo 1122, primera parte, de la sección "B" del mismo capítulo XI del TLCAN que: *"Cada una de las Partes consiente en someter reclamaciones a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado"*. Con ello México acepta someterse a un procedimiento arbitral que ponga solución a las controversias que se puedan suscitar en la aplicación del capítulo XI del tratado en cita.

La solución de conflictos mediante los tribunales, se ha venido desplazando en el ámbito de las relaciones económicas internacionales, de tal suerte se han creado "métodos alternativos de solución de controversias", estos métodos sustentan su razón existencial en que cuentan con una mayor flexibilidad,

confidencialidad y rapidez procesal, además de tener mayor neutralidad y experiencia en virtud de la calidad del tercero que puede intervenir en él. Así, dentro de esos métodos alternativos encontramos el arbitraje, que se le puede considerar como un procedimiento adjudicativo, ya que mediante la adjudicación de la controversia se otorga la intervención a un tercero que busca resolverla¹⁵.

Importa destacar que de conformidad con las disposiciones del TLCAN¹⁶, el inversionista extranjero, ya sea por cuenta propia, o por representación de la empresa que tenga bajo el control directo o indirecto la empresa del inversor de la otra Parte, puede reclamar a una Parte, en este caso México un arbitraje que solucione una controversia, cuando se den los supuestos de que:

- i) una Parte viole las obligaciones que se desprenden de la sección "A", del capítulo XI y
- ii) que el inversionista extranjero sufra pérdidas o daños derivados de la violación o a consecuencia de ella.

Recordemos que dentro de la Sección "A", se encuentran las disposiciones relativas a la expropiación, por lo que es aplicable el arbitraje para solucionar las controversias que deriven del acto expropiatorio.

Debeos destacar del arbitraje, que el inversionista extranjero reclamante debe cumplir con los siguientes requisitos:

i) Atender el capítulo II del Convenio del CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), y las disposiciones normativas complementarias, y que exigen el consentimiento escrito de las partes;

ii) Atender el Artículo II de la Convención de Nueva York, que exige un acuerdo escrito;

iii) Atender el Artículo I de la Convención Interamericana, que requiere un acuerdo²⁷.

Por lo que toca a las controversias que se pudieran suscitar por la aplicación de un acto administrativo de expropiación, se abre la posibilidad de acudir a un procedimiento arbitral que dirima la controversia, y no ante los tribunales de México, además de aplicarse las disposiciones jurídicas previstas en los tratados internacionales ya descritos. Resulta entonces la posibilidad de que las controversias que se susciten entre la autoridad administrativa de México con las inversiones del Canadá y los Estados Unidos sean materia jurisdiccional de los tribunales federales, como ya dejamos establecido; pero además se abre la posibilidad de que los inversionistas extranjeros opten por un arbitraje que dirima la controversia con la autoridad mexicana que violó los preceptos del capítulo XI, Sección "A" del TLCAN.

En suma: se instituye el procedimiento arbitral para solucionar las controversias que se susciten de las inversiones extranjeras previstas en el TLCAN.

Destacamos que al contar el inversionista extranjero con la posibilidad de escoger la instancia que mejor le convenga para la solución de una controversia, derivada del acto expropiatorio, tiene una prerrogativa no dispuesta para el inversionista mexicano, con lo que se contraviene el principio de igualdad jurídica previsto en nuestro orden constitucional, ya que como lo destaca el artículo primero de nuestro máximo ordenamiento legal "todo individuo" gozará de las prerrogativas que le otorga la Constitución Federal, "salvo las restricciones", que la misma Constitución establece. Es decir, la Constitución de Querétaro dispone en que casos se restringen los derechos, y de ninguna manera se autoriza para que otra disposición jurídica ya sea que se desprenda de la misma, o bien otras disposiciones jurídicas que deben estar de conformidad con la carta magna, como lo es el TLCAN, dispongan restricciones entre los individuos como es el caso, en atención con lo dispuesto con el artículo 133 de la Constitución Federal vigente.

Surgen problemas muy interesantes derivados de este apartado como es la vigencia de la cláusula calvo, la revisión del concepto de soberanía, etcétera. Sin embargo, y en virtud de las limitaciones que derivan de nuestro objeto de estudio, acotamos nuestra exposición esperando encontrar una mejor oportunidad para esos propósitos.

III. Requisitos de Procedencia para la Expropiación de la Inversión Extranjera en el TLCAN.

El artículo 1110, primera parte, de la Sección "A", del capítulo XI del TLCAN, llamado de la "Expropiación e Indemnización", contiene el compromiso de las "Partes", para no efectuar directa o indirectamente actos de expropiación,

nacionalización, o la adopción de cualquier otra medida equivalente de la inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, salvo que se atiendan a los siguientes requisitos de procedencia:

A. La expropiación sólo puede hacerse "por causa de utilidad pública".

Dentro del capítulo primero²⁸ se desarrolló una exégesis del concepto de utilidad pública, en donde se abordó un estudio doctrinal de la utilidad pública, también se expuso el concepto legal previsto en nuestro sistema normativo vigente sobre el mismo particular, además de exponer los criterios jurisprudenciales más relevantes sobre el mismo, por lo que nos remitimos a la parte relativa.

B. La expropiación sólo es procedente "sobre bases no discriminatorias".

Este requisito de procedencia retoma las características que se plantearon, en los apartados relativos al "trato de nación más favorecida", el "trato nacional", el "nivel de trato" y el llamado "nivel mínimo de trato", que hemos descrito en el capítulo segundo, en el apartado que denominamos de los atributos de la inversión extranjera en el TLCAN²⁹, por lo que remitimos al lector a la parte correspondiente.

C. La expropiación debe hacerse en apego al principio de legalidad, atendiendo a las disposiciones del derecho internacional, incluyendo trato justo, equitativo, con protección y seguridades plenas.

Por lo que hace a la sujeción, por parte de los órganos públicos al imperio de la ley, no debiera ser motivo de mayor problema en el contexto de un Estado de derecho; sin embargo, el ejercicio de la administración pública federal en el sexenio 1988-1994, citada sólo a manera de ejemplo, ha dejado un cúmulo de críticas respecto de la legalidad del quehacer gubernativo del ejecutivo federal; así, por verbi gratia: "... sin fundamento constitucional alguno, el poder Ejecutivo ha formado una serie de comisiones, por encima de la decisión del Congreso. Ejemplos de esto son el Consejo Nacional para la Cultura y la Artes (Conaculta), la Comisión del Programa Nacional de Solidaridad (Pronasol) y la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH)".²⁰ y de las que encontramos reflexiones severas por parte de petitos en la materia²¹. Y no estamos contando la cantidad de gobernadores de las entidades federativas, que han dejado su encargo público, más por motivos políticos que por fundamento legal; y que decir, del llamado cargo de "Comisionado para la Paz y Reconciliación en Chiapas", surgido a principios de 1994. En suma, podemos afirmar que el funcionamiento del sistema político mexicano, no obedece a un estricto apego a las disposiciones jurídicas, sino que existen modos de corrupción y de impunidad que hay que reconocer, y de lo que hay abundante literatura al respecto²². Y dejamos la lista, para no ser prolijos y cambiar el tema de estudio.

El apego al principio de legalidad, como requisito de procedencia para la expropiación de la inversión extranjera en el TLCAN, surge como una necesidad propia de la realidad jurídica y política que requiere todas las seguridades, recordemos que incluso hay jurisprudencia respecto del apego a la legalidad en que de debe fundar el procedimiento expropiatorio²³; igual suerte corre con los

expresos señalamientos del "trato justo y equitativo", aunque después de la última y más relevante expropiación de entidades económicas, que fue el de la banca en 1982, el único banco que no fue tocado por el decreto de nacionalización fue el City Bank de capital norteamericano, con lo que las razones de "utilidad pública", parece que quedan trastocadas teniendo como vecino a los Estados Unidos.

D. Mediante una indemnización, que Deberá Sujeterse al Procedimiento Previsto en el TLCAN.

Se señaló en su oportunidad³⁸ que el texto constitucional previene que la expropiación deberá hacerse mediante una indemnización, y que ésta última quedaría sujeta a los montos determinados sobre la base de los registros fiscales, y que éstos serían los únicos que determinarían el monto del pago de la indemnización, y que sólo en casos extraordinarios derivados del demérito o incremento de los valores, o la ausencia de dichos valores fiscales, serían los únicos casos en que revisarían pericialmente los montos de la indemnización, que a su vez serían declarados por un juez federal; además de que revisamos los criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre el particular.

El procedimiento marcado por el tratado en cita para indemnizar a los afectados, en el caso de la expropiación de las inversiones extranjeras, tiene en nuestro concepto, elementos alejados del texto constitucional, y que otorga en nuestra apreciación mayores ventajas a los expropiados extranjeros, que a los nacionales mexicanos, como lo abundaremos a continuación.

IV. Procedimiento de indemnización de las Inversiones Extranjeras en el TLCAN.

El marco legal de dicho procedimiento se encuentra previsto en el artículo 1110, partes 2 a 6 de la sección "A", capítulo XI del TLCAN; a continuación, y siguiendo el orden previsto por el referido texto legal, hacemos la glosa procesal de la indemnización de la inversión extranjera.

A. La Cuantificación del Monto de la Indemnización.

Señala la parte segunda del citado artículo 1110:

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

El criterio básico que se desprende del texto que citamos, previene claramente, que el sustento de la cuantificación del monto de la indemnización va a estar determinado por el "valor justo del mercado", y que tendrá en consideración "el valor declarado de los bienes tangibles", y como criterios adicionales el "valor corriente", "el valor del activo", así como "otros criterios que resulten apropiados" para hacer la cuantificación. En consecuencia, los criterios para cuantificar el monto de la indemnización para el caso de las inversiones previstas en el TLCAN es diferentes de la prevista por el texto constitucional; es decir, existe una diferencia entre los criterios que adoptan, por una parte la Constitución Federal y por la otra el TLCAN, para determinar el monto de la indemnización. En este punto, la ley de

expropiación de jurisdicción federal abandonó el criterio fiscal de determinación del monto de la indemnización, para sujetarlo a un criterio comercial, a partir de las reformas que se hicieron para "hacer compatible" la legislación doméstica con el TLCAN, y de ello nos referimos en el último capítulo. Es decir se modifica la ley secundaria, para adecuarse a un tratado internacional, en tanto que la Constitución que debiera sustentar un imperio sobre ambas queda desplazada a un segundo plano. Por lo que son de considerar las siguientes afirmaciones:

i) el procedimiento descrito en la segunda parte del artículo 1110, Sección A, del Capítulo XI del TLCAN es anticonstitucional, ya que el procedimiento marcado por la Ley Fundamental del Estado mexicano es diverso, y atendiendo al principio de la supremacía constitucional³⁸, el Tratado de Libre Comercio para América del Norte, se debe sujetar a la Constitución, y no en sentido contrario.

ii) la adopción de un criterio comercial, para determinar el monto de las indemnizaciones que corresponden por el acto expropiatorio, por parte de la ley federal de expropiación, resulta anticonstitucional, atendiendo a que la legislación secundaria se debe sujetar a la ley básica, y no en sentido contrario.

Respecto de la cuantificación comercial que logre un "valor justo de mercado", se deben tomar "los criterios que resulten apropiados", y tenemos que ponderar las siguientes reflexiones. ¿Hasta donde es posible cuantificar un valor que

sea justo en el mercado, cuando hay prácticas especulativas que hacen subir o bajar valores, dependiendo de las estrategias comerciales de la empresa transnacional?. Así pues, a partir del joint venture, se plantean estrategias de control que permiten, entre otras cosas sobrefabricaciones respecto de contratos tan diversos como los de asistencia técnica, transferencia de tecnología, administración, comercialización, aprovisionamiento de partes o materias primas, etcétera; y cuyo objetivo, es sacar una mayor cantidad de recursos disfrazados, que no son otra cosa que repatriación de capitales, a efecto de reportar menores ganancias, y con ello disminuir la cantidad sujeta a las contribuciones, como en el caso del impuesto sobre la renta, además de reducir los montos que por ley les corresponde a los trabajadores por concepto de reparto de utilidades. En suma: determinar el valor de una empresa extranjera, desde el punto de vista comercial, es difícil, y tiende a ser especulativo si se le agregan "los criterios que resulten necesarios" para hacer la cuantificación "justa".

La empresa transnacional, cuenta con un avance en el desarrollo tecnológico y de investigación lo suficientemente importante como para compararla con las empresas nacionales, y desde luego, la protección jurídica mediante las patentes les otorgan un derecho exclusivo de explotación de la invención, y la ley les otorga una serie de prerrogativas que les dan prácticamente un monopolio respecto de la utilización de dicha patente²⁶, y en caso de que exista una explotación de la misma, sin el consentimiento del titular de la patente puede demandar éste a los terceros por los daños y perjuicios que le ocasionaren²⁷. La patente es por naturaleza una figura jurídica que crea escasez en el mercado, ya que sujeta su explotación a la conveniencia

mercantil que se traduzca en los mayores dividendos, de tal suerte, que si existe una patente que no convenga ser explotada, los titulares de la misma no la explotaran. Bajo esa perspectiva, hay una sujeción a un interés puramente individual de una necesidad colectiva que requiere ser satisfecha.

De conformidad con la sección "C" de definiciones, del artículo 1139 del TLCAN, se considera inversión: *"los contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de otra Parte, incluidos las concesiones..."*.

Para el caso de que la inversión extranjera contenga dentro de sus activos a las "patentes", la cuantificación de la indemnización resulta altamente difícil de determinar, y se debe atender a sumas importantes que se destinan para el desarrollo y la investigación del invento, como en el caso de la industria farmacéutica o de computación, ya que si se atiende sólo a los costos de producción resultan relativamente muy inferiores. Determinar el costo de las patentes tiene dificultades en cuantificar.

El pago de la indemnización que corresponde por el acto expropiatorio de la inversión debe ser el justo, independientemente de que sea de un nacional mexicano o de un extranjero. Pero considerando en todo caso que las empresas de capital extranjero, materia del presente estudio son "... unidades económicas, que deben valorarse como tales y no como la suma de elementos que la componen. Una consideración atomizada del valor de estos bienes económicos, se hallaría actualmente totalmente fuera de la realidad".³⁰

Al iniciar el presente capítulo, abrimos un apartado de consideraciones generales, en donde vertimos una exposición de lo que es el proceso de integración económica, además de referirnos a la influencia del llamado modelo neoliberal, y señalamos también que la integración implica una serie de modificaciones en las relaciones políticas, económicas y sociales que generan trastornos que derivan al ámbito jurídico para ser normados, y su evolución sea progresiva, y limitando las fricciones o conflictos que genere este proceso integrador, con el objeto de contextualizar la creación de las disposiciones jurídicas relativas a la expropiación de la inversión extranjera en el TLCAN. Antes, ya en el capítulo primero³⁹, incluso nos referimos a las opiniones que generó la ley federal de expropiación en la década del treinta, que llegó a ser calificada de marcada influencia socialista, y como un instrumento político en contra de los ciudadanos, y de la propiedad privada. Estamos, ante dos cuerpos normativos que regulan a la expropiación, sin embargo, las realidades políticas, económicas y sociales tienen una marcada diferencia entre sí. En ambos casos se trata de legislación vigente, y que si bien es cierto la ley federal de expropiación se va aplicar sin perjuicio del TLCAN, en virtud del paquete de reformas aprobado por el Congreso de la Unión⁴⁰, no ha sido suficiente para ocultar el cambio de las concepciones políticas e ideológicas que imperaron en ámbitos temporales diferentes, aun que el ámbito territorial de las normas jurídicas sea el mismo. Así tenemos que: *"El problema de la valoración en materia de expropiación ha de ser contemplado en el marco del ordenamiento jurídico existente, pero también en la perspectiva del pensamiento político dominante"*⁴¹.

B. El Pronto Pago Líquido.

El párrafo marcado con el número 3 del artículo 1110, capítulo XI del TLC señala: "El pago de la indemnización se hará sin demora y será completamente liquidable."

Señalamos en su oportunidad que la disposición jurídica en materia de expropiación federal, marca un plazo para el pago de las indemnizaciones correspondientes al acto expropiatorio que originalmente era de hasta 10 años; más recordemos que con el paquete de reformas² quedó salvada esa contrariedad al establecerse en un año el nuevo plazo.

Los problemas derivados de la época en que se debe hacer el pago de la indemnización en nuestro derecho positivo vigente, ya fueron abordados en páginas que anteceden, por lo que nos remitimos al apartado respectivo³.

La obligación de la indemnización "completamente liquidable" limita la posibilidad de la emisión de bonos de deuda, por parte del gobierno mexicano, esto es, debe contar con una liquidez a efecto de enfrentar las obligaciones adquiridas en el acto expropiatorio.

En suma: podemos afirmar que el pronto pago, y la indemnización totalmente liquidable cambian el tradicional criterio sustentado en la legislación en la materia; y que pensamos cuando sea el caso, modificará la jurisprudencia sobre el particular, ya que las circunstancias del entorno político y económico son diversas a las que prevalecieron en la década del treinta,

además que la legislación expropiatoria se ajusto a los imperativos que requería el desarrollo del modelo de sustitución de importaciones.

C. La Forma de Pago y Rendimientos Adicionales de la indemnización.

Dentro del párrafo cuarto, del artículo 1110, capítulo XI del TLCAN, se señala textualmente: *"En caso de que la indemnización sea pagada en la moneda de un país del Grupo de los Siete, la indemnización incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de expropiación hasta la fecha de pago"*. La forma de pago, dentro de este contexto, permite el uso de una moneda extranjera para el pago de la indemnización, además de sumar rendimientos adicionales que no se previenen en la legislación federal ordinaria.

Del análisis del párrafo citado, planeamos las siguientes consideraciones:

i) La legislación expropiatoria en la materia contempla que el pago de las indemnizaciones se efectuaran en moneda de curso legal, sin embargo, con las reformas y adiciones a dicha ley, efectuadas con el propósito de hacer acorde la legislación doméstica con el texto del TLCAN, y que ya abundamos en párrafos arriba, la Ley Federal de Expropiación se aplicará sin perjuicio de las disposiciones contempladas en el tratado en mención. Precisando, que en el caso del pago de la indemnización se podrá hacer en "especie", y que bien puede traducirse en una moneda del llamado "Grupo de los Siete".

ii) Resulta posible entonces que el pago se realice en moneda extranjera, precisando en todo caso que dentro del llamado "Grupo de los Siete", a que se refiere el texto antes citado, México es el único país que no forma parte del mismo, y que se confirma de manera inequívoca, en el apartado relativo a las definiciones". En tanto que los Estados Unidos y Canadá si ocupan lugar en el citado grupo.

iii) La indemnización prevista en el procedimiento de expropiación de la Constitución Federal vigente, no atiende a la inclusión de intereses adicionales, como sucede en el texto del TLCAN, ya que el último incluye dentro del concepto de indemnización a los "intereses a una tasa comercial razonable", mismo que será cuantificado a partir de la fecha de expropiación hasta la fecha de pago.

No se precisa claramente desde cuando corren los intereses, pues una situación será la declaratoria de expropiación que se inserte en el Diario Oficial de la Federación y la notificación personal al afectado del acto expropiatorio, y otra distinta es el momento en que se tome plena posesión de la cosa expropiada por parte del poder público. Consideramos, desde nuestro punto de vista que debe subsistir la última opción, esto es, desde que el poder público ejerce acto de dominio pleno respecto del bien expropiado, y no antes en virtud de que el inversor expropiado disfruta de su inversión, sin límite más que el tiempo en que se demore la translación de su propiedad privada a la constitución de la nueva propiedad pública. No obstante, el artículo 20 de la Ley de Expropiación, con las reformas se establece que "la indemnización

deberá pagarse dentro del término de un año a partir de la declaratoria de expropiación"

La tasa comercial a la que deben quedar sujetos los intereses que integran el monto expropiatorio, se previene que serán los "razonables" para la moneda en que dicho pago efectúe. De lo que se concluye, que al inversionista extranjero que se encuentre dentro de los supuestos del tratado en cita, una vez que sea afectado por una expropiación gozará de los beneficios que le conlleva la cuantificación comercial previsto en el tratado, además de tener garantizado un pronto pago líquido, y que es libremente convertible para su repatriación, y adicionalmente se le integraran como parte del precio de la indemnización los intereses comerciales hasta la fecha del pago. Resulta evidente que los beneficios que se generan se integran al precio de la indemnización, lo que consideramos correcto; sin embargo, consideramos que estas normas jurídicas protegen mejor a las inversiones extranjeras que a las inversiones nacionales, ya que las últimas no cuentan con las mismas prerrogativas que las primeras. En suma: el tratamiento jurídico que se da a las inversiones extranjeras en el TLCAN, contempla disposiciones diferentes a las que se les aplican a los nacionales mexicanos, en atención a las previsiones procesales indicadas en la Ley Federal de Expropiación, que es reglamentaria del artículo 27 de la Constitución General vigente, en claro detrimento de las inversiones que se consideren de nacionalidad mexicana.

iv) Se plantea el problema de determinar cual es el monto de los intereses comerciales que tengan la calidad de "razonables", y quien lo va a cuantificar, y en su caso cuales son los procedimientos de revisión y ajustes

que puedan ocurrir, ya que por la naturaleza especulativa del mercado de dinero, se pueden generar variantes importantes en los montos de las tasa de interés. No olvidemos por otra parte, que se trata de un accesorio de una suerte principal que es la indemnización, y que en ambos casos va a ser cubierta enteramente por el erario público, es decir, requiere la aprobación legislativa correspondiente. Luego entonces, queda por determinar realmente quien va a determinar el monto de los intereses y quien los va aprobar; pensamos que bajo el anterior planteamiento, que la autoridad administrativa debe cuantificar el monto y las formas de revisión de los llamados intereses "razonables", en tanto que a la Cámara de Diputados le corresponde hacer la aprobación correspondiente, de conformidad con lo que establece la Constitución de Querétaro⁶⁵.

Es necesario que se establezcan las reformas legislativas y reglamentarias que correlacionen las disposiciones jurídicas sobre el particular; ya que por ejemplo dentro del Código Federal de Procedimientos Civiles⁶⁶ no se establece disposición alguna sobre la cuantificación y revisión del accesorio de la indemnización.

v) Los principios constitucionales⁶⁷, donde descansan los criterios para determinar los montos que por concepto de indemnización, no contemplan de ninguna manera el pago de intereses previstos en el artículo del TLCAN de referencia.

Si consideramos que a la autoridad sólo se le permite hacer lo que expresamente las leyes le facultan, y que la Ley Fundamental del Estado

mexicano no le otorga ninguna atribución a las autoridades para realizar el pago de los intereses que como accesorios a la indemnización determina el artículo en estudio, y si agregamos que se trata del pago de cantidades liquidadas (en moneda nacional) o en especie (monedas del Grupo de los Siete), que importan al interés público por ser una carga que deben cubrir los contribuyentes, nosotros pensamos que el pago de los intereses en cuestión, importan un acto contrario a la Constitución General de la República.

Partiendo de que la inversión, sea nacional o extranjera tiene como motivación existencial la obtención de ganancias, es decir su objeto es obtener beneficios patrimoniales; nosotros pensamos que, en justicia, es válido que los particulares que tengan la calidad de inversionistas y que se vean privados de su patrimonio por un acto expropiatorio, sean indemnizados de manera tal que la privación de su propiedad no les cause perjuicios patrimoniales, en virtud de que dejan de obtener las ganancias lícitas derivadas de sus inversiones; ya que de no ser así, las cargas públicas les son desproporcionadas respecto de otros contribuyentes, atendiendo desde luego, al requisito de procedencia de toda expropiación, es decir, que debe ser por causa de utilidad pública, y que se traduce en la satisfacción de un beneficio para la colectividad.

Ahora bien, si se acepta que es justo el pago de intereses "razonables", en estricto derecho no se ajusta a las previsiones que contempla el orden constitucional vigente. Con lo anterior se plantean varios problemas a resolver, dentro de los que destacamos: el primero, que consiste en la posibilidad de modificar la Constitución para ser acorde con el TLCAN, pero se

violentaría a todas luces el principio de la jerarquía constitucional derivado del artículo 133 del máximo ordenamiento jurídico, ya que según se establece los tratados internacionales se deben ajustar a la Constitución, y no la Constitución a los tratados internacionales; la segunda posibilidad pretende modificar el tratado sobre el particular, lo que resulta en términos reales más difícil ya que se trata de una negociación trilateral que abriría la posibilidad de una renegociación, en donde México corre mayores riesgos por su capacidad de negociación frente a los Estados Unidos. Finalmente, debemos destacar que la aprobación del TLCAN proviene de Senado de la República, y que ese órgano legislativo debió atender al requisito de que el multilateral tratado se ajustara a la Constitución Federal vigente. En suma: se trata de una discrepancia entre TLCAN y la Constitución de Querétaro en el contexto del proceso de integración económica, y que exige de reajustes en el sistema jurídico.

Dentro del presente apartado, y considerando su estrecha correlación sumamos una disposición complementaria, y que corre agregada en el párrafo quinto, del citado artículo 1110, del capítulo XI del TLC, y que transcribimos de manera textual, para agregar después nuestras consideraciones, de tal suerte citamos:

"Si una parte elige en pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada no será inferior a la equivalente que por indemnización se hubiera pagado en la divisa de alguno de los países miembros del Grupo de los Siete en la fecha de expropiación y esta divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de expropiación, más los intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable para dicha divisa hasta la fecha de pago."

Pensamos que se trata sin más, de asegurar los intereses de los inversionistas extranjeros, que les conviene el soporte de una moneda dura, y no de un peso

mexicano que enfrenta ya de tiempo, problemas de estabilidad en el tipo de cambio y de procesos inflacionarios.

La autoridad administrativa queda sin más, por optar en hacer el pago de la indemnización en moneda del Grupo de los Siete, más los intereses "razonables", o bien realizar el pago líquido en moneda nacional, que no será inferior al equivalente, que resulte de la conversión en divisas del mismo Grupo, más los intereses, desde luego.

Concluimos preliminarmente que las condiciones cualitativas y cuantitativas en que se da el pago de la indemnización a los inversionistas extranjeros, a la luz del TLCAN implican un trato desigual e injusto para con los inversionistas de nacionalidad mexicana, lo que violenta el principio de igualdad jurídica.

D. La Libertad de Transferencia de la Indemnización.

El párrafo sexto del artículo 1110 del capítulo XI del TLC previene que: "Una vez pagada, la indemnización podrá transferirse libremente...". Ahora bien, dichas transferencias deben estar de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1109, del mismo ordenamiento legal, que en su primera parte dispone que: "Cada una de las Partes permitirá que todas las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista de otra de las Partes en el territorio de la Parte, se hagan libremente y sin demoras...". Esas transferencias incluyen los "pagos efectuados de conformidad con el Artículo 1110; ...".

La posibilidad que México limite las transferencias al exterior, se previenen también en el TLCAN, y se permite cuando afronte dificultades, o amenazas serias en su balanza de pagos".

Existe una estrecha relación entre los párrafos cuarto y quinto del mismo artículo 1110, ya que se trata de garantías jurídicas para que los inversionistas extranjeros que sean sujetos a una indemnización por un acto de expropiación, la reciban en moneda del Grupo de los Siete, o su equivalente en moneda nacional en el mercado; para que una vez convertida libremente a moneda dura, en virtud de la ausencia de controles de cambio, sea transferida la indemnización al exterior. En suma: la libre transferencia de la indemnización, contribuye a garantizar la disposición de esta por los inversionistas extranjeros, en los términos que mejor acomoden a sus intereses.

V. Excepciones para la Aplicación del Procedimiento Expropiatorio de la Inversión Extranjera en el TLCAN.

Los párrafos siete y ocho del multicitado artículo 1110 del TLCAN, disponen las excepciones al acto expropiatorio previsto sobre la llamada inversión extranjera definida en el mismo tratado internacional, de tal suerte desarrollamos la exposición a partir del mismo orden.

A. Sobre la Propiedad Intelectual.

Sobre el particular señala el párrafo séptimo, del artículo 1110 del capítulo XI del TLCAN:

"Este artículo no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea conforme al capítulo XVII, <<Propiedad Intelectual>>."

En el capítulo segundo se abordó el problema de la definición de la inversión extranjera, en el cual incluimos algunas consideraciones respecto de la propiedad intangible a que alude el inciso "g", del concepto de inversión extranjera previsto por el mismo tratado⁸⁰.

Señalamos en el análisis de la posibilidad de expropiar una empresa, que el alcance de ese acto administrativo es respecto de toda la empresa como unidad productiva, es decir que se incluyen todos sus bienes ya tangibles como intangibles, en virtud de que si se acepta que queden fuera todos los elementos que constituyen la propiedad inmaterial de la empresa, no sería viable su operación económica, con lo que sería contraproducente al cumplimiento de la satisfacción de la utilidad pública que justificó el acto expropiatorio. Bajo esa perspectiva, nosotros consideramos que el alcance de la expropiación puede afectar a la llamada propiedad intelectual (en términos del capítulo XVII del TLCAN).

Pero cuando se trata de expropiar a la propiedad intelectual, el problema se vuelve muy complejo, ya que no se puede limitar el aprovechamiento de esos bienes intangibles con la sola declaración expropiatoria de un determinado

Estado, ya que la apropiación que haga el mismo no es material, y el problema se torna más difícil en el ámbito del gran complejo normativo que regula a dichos bienes; pero puede suceder que la citada propiedad intelectual esté afectada por la expedición de licencias obligatorias, o bien revocaciones y limitaciones por parte del Estado, lo que constituye una excepción de a las previsiones relativas a la expropiación de la inversión extranjera en el tratado en cita.

En suma: cuando se trata de la propiedad intelectual y que no constituya parte de la propiedad de una empresa, comprende una excepción a las disposiciones relativas a la expropiación de la inversión extranjera en el tratado en cita.

B. Sobre los Valores de Préstamo o Deuda Considerados en el TLCAN como Inversión Extranjera.

Sobre el particular el párrafo octavo del multicitado artículo 1110, plantea como excepción a la expropiación de los derechos sobre prestamos o deudas. Nosotros ya abordamos el problema dentro del segundo capítulo en los apartados correspondientes, por lo que nos remitimos a la parte relativa³¹.

Recapitulando, señalamos que tratándose de cantidades líquidas o títulos representativos, o bien cualquier otro contrato cuyo objeto importe cantidades en dinero, no es procedente el acto expropiatorio, ya que el Estado tiene otros medios para hacerse llegar de recursos líquidos para satisfacer las necesidades colectivas; además de que la expropiación engendra la obligación por parte del Estado de realizar el pago de una indemnización que importa una cantidad líquida, y en el caso particular de las inversiones extranjeras cabe

la posibilidad que se haga el pago de indemnización en especie, y que reporta la entrega del pago en moneda del llamado Grupo de los Siete, como ya apuntamos; por lo que al expropiar cantidades líquidas o derechos representativos de las mismas, no importa una satisfacción de una utilidad pública porque el pago de la indemnización importa el pago de la misma cantidad expropiada; lo que resulta a todas luces una aberración; finalmente, destacamos que dentro de las causas de utilidad pública previstas por la legislación secundaria federal, no hay alguna que sostenga la hipótesis de que importa como causa de utilidad pública la expropiación de cierta cantidad líquida o derechos representativos de la misma.

VI. Conclusiones Preliminares.

- A. México se encuentra en un proceso de integración económica, que implica una complementación económica con los Estados Unidos y el Canadá, y que se pretende hacer extensivo todo el continente Americano, en el marco de una corriente mundial de integración económica.
- B. La adopción del modelo de desarrollo neoliberal, y la consecuente reducción de la actividad económica directa del Estado, mediante de entidades paraestatales, limita las posibilidades de expropiación de las inversiones extranjeras.
- C. El desarrollo de economías a escala, fomenta la expansión de las empresas que tienden a organizar sus producciones en diversos países teniendo como

consecuencia en la práctica, una anulación de la expropiación de sus inversiones.

- D. En el TLCAN, se instituye un procedimiento arbitral que soluciona las controversias que se susciten de las expropiaciones de las inversiones extranjeras, proporcionando a los extranjeros, que tengan la calidad de inversionistas la posibilidad de optar por la jurisdicción de tribunales mexicanos o por un arbitraje internacional. Lo cual constituye una violación al principio constitucional de igualdad jurídica, ya que los inversionistas nacionales no tienen las mismas opciones que los extranjeros, dentro del territorio nacional. Además de representar un problema en cuanto al alcance de la cláusula calvo, frente a medios de solución de controversias supranacionales.
- E. La cuantificación de la indemnización de la inversión extranjera en el TLCAN se sustenta en un criterio comercial que obtenga "un valor justo en el mercado", además de los intereses que se obtengan hasta la fecha del pago de la indemnización a una tasa "razonable", en tanto que la cuantificación del monto de la indemnización para la inversión mexicana se sustenta tomando como base a un criterio comercial y fiscal, y sin intereses; dando por consecuencia un trato diferente, y violentando por ende, el principio de igualdad jurídica.

El pago de los intereses de la indemnización que corresponde a la inversión extranjera, por la expropiación es anticonstitucional.

- F. Las disposiciones del TLCAN, otorgan mayores beneficios y protección a los inversionistas extranjeros, que a los inversionistas nacionales mexicanos en caso de que sean afectados por una expropiación por el Estado mexicano.
- G. La libre transferencia del monto de la indemnización, garantiza al inversionista extranjero la libre repatriación de la misma al extranjero.

NOTAS DEL CAPÍTULO TRES.

1. Cfr. TAMAMES, Ramón. Estructura Económica Internacional. México, Ed. Dirección General de Publicaciones del Consejo Nacional para la Cultura y la Artes / Editorial Patria S. A. de C. V., 1991, p.191.
2. *Ibid.* p. 192.
3. *Ibid.* pp. 197-201.
4. *Ibid.* p. 192.
5. *Ibid.* p. 192-197.
6. *Ibid.* p. 196.
7. *Ibid.* pp. 134-136.
8. *Ibid.* pp. 264-265.
9. Vid. Diario Oficial de la Federación del 30 de Diciembre de 1994.
10. Cfr. ROSENAL, Andrés. La Política Exterior de México en la Era de la Modernidad. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V., 1993, pp. 86-89.
11. Cfr. SECRETARIA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000. Talleres Gráficos México, 1995, p. 9.
12. *Ibid.* pp. 11-14.
13. Cfr. MEYER, Lorenzo. Liberalismo Autoritario. Las Contradicciones del Sistema Político Mexicano. México. México, Ed. Oceano, S.A de C.V., 1995, pp. 43-48.

14. *Vid. Supra.* p. 15.
15. *Cfr.* BLANCO, Herminio. Las Negociaciones Comerciales de México con el Mundo. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V., 1994, pp. 19-20.
16. *Passim.* CORDERA, Rolando y TELLO, Carlos. México: La Disputa por la Nación. Perspectivas y Opciones de Desarrollo. 10a. ed., Ed. Siglo Veintiuno Editores, 1991, México, 149 pp.
17. *Cfr.* ROGOZINSKI, Jacques. La Privatización de Empresas Paraestatales. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, S. A. DE C.V., 1993, pp. 11-23.
18. *Ibid.* p. 177.
19. *Vid. Supra.* p. 26
20. *Vid. Supra.* pp. 28, 29, y ss.
21. *Cfr.* Artículos 521al 529 del Código Federal de Procedimientos Civiles en vigor.
22. *Vid. Supra.* pp. 26 y 27.
23. *Vid. Supra.* p. 10.
24. *Vid. Supra.* p. 43.
25. *Cfr.* BITKER V., Jorge. (Coord.). Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte. México, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1994, pp. 17-18.
26. *Cfr.* Artículos 1116 y 1117, Sección B, Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte.

27. *Ibid.* Artículo 1122, segunda parte.
28. *Vid. Supra.* pp. 12 a la 23.
29. *Vid. Supra.* pp. 69 a la 75.
30. *Cfr.* UNIDAD DE ANÁLISIS PROSPECTIVO DEL FINANCIERO. La Sucesión Pactada. La Ingeniería Política del Salinismo. México, Ed. Plaza y Valdez, Editores, 1993, p. 55.
31. *Cfr.* KRIEGER, Emilio. En Defensa de la Constitución. Violaciones Constitucionales a la Carta Magna. México, Ed. Grijalbo, S.A. de C.V., 1994, pp. 77-80.
32. *Pessim.* ZAID, Gabriel. Adiós al PRI. México, Ed. Océano de México S. A. de C. V., 1995, 269 pp.; en el mismo sentido: RIDING, Alan. Vecinos Distantes. Un Retrato de los Mexicanos. México, Ed. Joaquín Mortiz, S.A., 1985, pp. 140-164; también: Lorenzo Meyer, *Op. Cit.*, *passim*. Además: MÉXICO 2000. Los compromisos por la Nación. México, Ed. Plaza y Janés, 1996, pp. 83-107 y ss.
33. *Vid. Supra.* p. 26.
34. *Vid. Supra.* pp. 28, 29 y ss.
35. *Cfr.* Artículo 133 de la Constitución General de la República, vigente.
36. *Cfr.* Artículo 25 de la Ley de Propiedad Industrial vigente.
37. *Ibid.* Artículo 24 de la Ley de Propiedad Industrial vigente.
38. *Cfr.* CARRETERO PÉREZ, Adolfo. "La Expropiación Forzosa de las Concesiones Administrativas y de Empresas Mercantiles". Revista de Derecho Administrativo y Fiscal, n. 10, España, 1965, p. 8.

39. Vid. *Supra*, pp. 20.
40. Cfr. Decreto que reforma, adiciona, y deroga disposiciones de diversas leyes relacionadas con el Tratado de Libre Comercio para América del Norte. Diario Oficial de la Federal de la Federación del 22 de Diciembre de 1993.
41. Cfr. GONZALEZ PAZ, José. "Consideraciones Sobre los Fundamentos Económicos de la Valoración en Régimen Expropiatorio". Documentación Administrativa, Presidencia del Gobierno. Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, núms. 101-102, Madrid, España, 1966, p. 103.
42. Vid. *Supra*, nota 40.
43. Vid. *Supra*, pp. 28 a la 35.
44. El artículo 1139, Sección C, del Capítulo XI, del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, relativo a las definiciones, precisa: "moneda del Grupo de los Siete significa la moneda de Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón o Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte".
45. El artículo 74, fracción IV establece:
"Examinar, discutir y aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación discutiendo primero las contribuciones que, a su juicio, deben decretarse para cubrirlo, así como revisar la Cuenta Pública del año anterior. El Ejecutivo Federal hará llegar a la Cámara la iniciativa de Ley de Ingresos y el Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación..."
46. Cfr. Artículos 521-529 del mismo ordenamiento jurídico.
47. Vid. *Supra*, pp. 28 y ss.
48. Artículo 1109, párrafo 1, inciso "d", capítulo XI del TLCAN.

49. *Cfr.* Artículo 2104, del capítulo XXI, denominado de las "Excepciones", del TLCAN.
50. *Vid. Supra*, pp. 60 y ss.
51. *Vid. Supra*, pp. 53 y ss.

LA EXPROPIACIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO PARA AMÉRICA DEL NOROCCIDENTE

CAPÍTULO CUATRO.

Adecuaciones Legales en México Derivadas del Tratado de Libre Comercio para América del Norte.

I. Consideraciones Previas.

La publicación en el Diario Oficial de la Federación del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, se realizó en fecha del 20 de diciembre de 1993, para entrar en vigor el primer día del mes de enero de 1994. La inminente entrada en vigor del tratado arriba citado, obligó a que el Congreso de la Unión, ajustara la legislación doméstica, y con ello el 22 de diciembre de 1993, en el Diario Oficial de la Federación se publicó el "Decreto que reforma, adiciona y deroga disposiciones de diversas leyes relacionadas con el Tratado de Libre Comercio para América del Norte".

El 10 de diciembre de 1993, en la Cámara de Diputados se aprobaron las adecuaciones legislativas antes indicadas. La crónica de esa sesión legislativa indica que se hicieron cambios en nueve leyes federales en poco menos de cinco horas; destacando en lo particular, que se incluyó a la ley de expropiación; siendo la aprobación por mayoría de 317 votos a favor y 25 en contra del Partido de la Revolución Democrática, por lo que la prensa calificó de "vaporoso priista" a las citadas reformas.¹

Desde el punto de vista del legislador del Partido de la Revolución Democrática, Enrique Rico "... la inconstitucionalidad seguirá presente porque

la Constitución Política mexicana no es funcional al modelo de desarrollo neoliberal impuesto por la administración salinista".²

En suma: se adecuó a legislación federal en México para hacerla congruente con las disposiciones del TLCAN.

II. Decreto que reforma, adiciona y deroga disposiciones de diversas leyes relacionadas con el Tratado de Libre Comercio para América del Norte.

A. Adecuaciones en la Ley de Expropiación.

El artículo sexto del decreto en mención, previene las reformas en los artículos 3, 4, 5, 9, 10, 20 y 21, a efecto de adecuar la ley federal de expropiación con el Capítulo XI del TLCAN, en su parte relativa a la expropiación de la inversión extranjera. De tal suerte, hacemos una breve descripción del contenido de esas reformas:

A.1. Reforma al artículo 3o. de la Ley de Expropiación.

Dispone que la Secretaría de Estado, el Departamento del Distrito Federal, y Departamento Administrativo que corresponda tramitará:

- i) el expediente de expropiación;
- ii) el expediente de ocupación temporal;
- iii) el expediente de limitación de dominio;

Y en su caso, el Ejecutivo de la Unión hará la declaratoria del decreto respectivo.

A.2. Reforma al Artículo 4o. de la Ley de Expropiación.

La declaratoria que refiere el artículo 3o. del mismo ordenamiento jurídico, se hará mediante decreto que se publicará en el Diario Oficial de la Federación y con notificación personal para los interesados, y para el caso de que se ignore el domicilio de los últimos, bastará para que surta sus efectos legales, la segunda publicación del decreto en el mismo medio de publicidad.

A.3. Reforma al Artículo 5o. de la Ley de Expropiación.

Previene que los particulares afectados por el acto expropiatorio, les asiste el derecho de interponer dentro de los 15 días hábiles siguientes a la notificación del decreto, el recurso de revocación en contra de la declaratoria correspondiente.

A.4. Reforma al Artículo 9o. de la Ley de Expropiación.

En el caso de los bienes que han sido afectados por:

- i) la declaratoria de expropiación;
- ii) la ocupación temporal;
- iii) la limitación de dominio;

Y que como ha quedado establecido debieran atender a una causa de utilidad pública, y que dentro del término de cinco años no fueren destinados parcial o totalmente al fin que dio causa a la declaratoria respectiva, el particular afectado podrá solicitar a la autoridad que haya tramitado el expediente respectivo:

- i) la reversión total o parcial del bien;
- ii) la insubsistencia de la ocupación temporal o limitación de dominio; o
- iii) el pago de los daños causados.

La autoridad resolverá dentro de los cuarenta y cinco días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud; y para el caso de que resuelva la reversión total o parcial del bien expropiado, el particular le corresponde hacer la devolución total o parcial que corresponda de la indemnización que le hubiere sido cubierta.

El derecho que le asiste a los particulares, deberán ejercerlo dentro del plazo de dos años a partir de la fecha en que sea exigible.

A.5. Reforma del Artículo 10 de la Ley de Expropiación.

El precio que por concepto de indemnización corresponde al particular afectado por el acto expropiatorio, se fijará atendiendo:

- i) al equivalente que se fije como valor comercial;

ii) en el caso de inmuebles, no podrá ser menor al valor fiscal que figure en las oficinas catastrales o recaudadoras.

A.6. Reforma al Artículo 20 de la Ley de Expropiación.

El término para efectuar el pago de la indemnización será de un año, contado a partir de la declaratoria de expropiación, en moneda nacional, sin perjuicio de que dicho pago se pueda realizar en especie.

A.7. Reforma del Artículo 21 de la Ley de Expropiación.

Confirma el carácter federal de la ley, en asuntos que la Constitución le confiere a la Federación, y de orden local, por lo que respecta al Distrito Federal.

En la parte final del artículo en cita, se refiere textualmente: "La aplicación de esta Ley se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales en que México sea parte y, en su caso, en los acuerdos arbitrales que se celebren".

B. Adecuaciones Legislativas Correlacionadas.³

Dentro del presente apartado, consideramos prudente hacer referencia a algunas otras modificaciones legislativas publicadas en el mismo decreto, ya que contextualizan las adecuaciones que se han tenido que hacer en la legislación doméstica en México, a efecto de guardar congruencia con el TLCAN. Así,

destacamos sobre el particular la adecuación respecto de la solución de controversias que se ha adoptado en los siguientes cuerpos normativos:

B.1. Reformas a la Ley de Comercio Exterior.

La Ley de Comercio Exterior, dentro del Título IX, Capítulo II, denominado "Recurso de Revocación", precisa cuales son los actos administrativos que pueden ser revisados mediante el recurso en mención. Ahora bien, el contenido del multicitado decreto, señala en su artículo primero, que las reformas a la Ley de Comercio Exterior, que involucren a los artículos 60, 68 primer párrafo, 80 primer párrafo, 97 primer párrafo y fracción I, así como el 98 primer párrafo y fracciones I y II; y de los cuales destacamos que permiten la "solución de controversias" mediante los llamados "mecanismos alternativos"; y que se previenen en los tratados internacionales; así rescatamos en nuestro estudio:

B.1.1. Reformas al Artículo 97, Primer Párrafo de la Ley de Comercio Exterior.

Amplia la cantidad de resoluciones y actos administrativos, previstos en el artículo 94 del mismo ordenamiento jurídico, y que pueden ser impugnados por parte interesada, por la vía de mecanismos alternativos de solución de controversias contenidos en los tratados internacionales en que México sea parte, como es el caso del TLCAN.

B.2. Reformas al Código Fiscal de la Federación.

El artículo tercero del multicitado decreto, contiene las reformas a los artículos 10. primer párrafo; 52 fracción I; 202 fracción XII; 208 fracción I; y se adicionan las fracciones XIII y XIV al artículo 202 del Código Fiscal de la Federación. De igual manera, destacamos por su vinculación con la solución de controversias, mediante mecanismos alternativos, a los siguientes preceptos legales:

B.2.1. Reformas al Párrafo Primero del Artículo 10. de Código Fiscal de la Federación.

Destaca que las disposiciones del código en mención, se aplicarán "sin perjuicio" de las disposiciones de los tratados internacionales en que México sea parte.

B.2.2. Reforma al Artículo 202. Fracción XII, y Adiciones a las Fracciones XIII y XIV del Código Fiscal de la Federación.

El artículo de referencia previene disposiciones relativas a la "improcedencia de juicio ante el Tribunal Fiscal de la Federación". Y sobre la fracción reformada, debemos señalar que establece aquellos casos que puedan impugnarse, en términos del artículo 97 de la Ley de Comercio Exterior, cuando no haya transcurrido el plazo para que se opte, o bien cuando ya se ejerció la opción, que se entiende de los medios alternativos para la solución de controversias. Y por lo que corresponde a la fracción XIII que se adiciona hay que apuntar que de igual manera, son improcedentes los juicios respecto de las disposiciones dictadas por la autoridad administrativa, que tengan por objeto

dar cumplimiento a la decisión emanada de los llamados "mecanismos alternativos de solución de controversias" previstos en el mismo artículo 97 de la legislación en materia de comercio exterior.

Y una vez que se ha dejado establecido el contenido de la reforma del citado artículo 97 de la Ley de Comercio Exterior, en el apartado B.1.1. que inmediatamente antecede, lo dejamos sin mayor comentario.

B.3. Reformas Jurídicas en Materia Hidrocarburos y Energía Eléctrica.

Las Reformas a la ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios corresponden al Artículo 14. Aquí destacamos que dichas reformas permiten que Petróleos Mexicanos y sus Organismos Subsidiarios, en el ámbito de las controversias que se susciten por actos jurídicos celebrados en el territorio nacional, pueden optar "un acuerdo arbitral", que los someta a una solución fuera de la esfera que corresponde a los tribunales de federales; y por cuanto corresponde a los actos jurídicos de carácter internacional, se les autoriza para que puedan convenir en la aplicación del derecho extranjero, y el sometimiento a tribunales extranjeros, o a acuerdos arbitrales según convenga.

La reforma a la Ley del servicio Público de Energía Eléctrica, permite a la Comisión Federal de Electricidad sujetarse a los acuerdos arbitrales y la jurisdicción de leyes y tribunales extranjeros, en los mismos términos que los que corresponden a Petróleos Mexicanos y sus Organismos Subsidiarios.

C. Aproximación al Problema Jurídico de las Reformas.

El paquete de reformas de conformidad con el artículo "primero transitorio" del decreto en mención, entró en vigor el primero de Enero de 1994. Su propósito es claro, adecuar la legislación doméstica a la entrada en vigor del TLCAN. Sin embargo, las leyes secundarias no pueden sobrepasar a los preceptos de la Ley Básica, es decir la Constitución Federal. Es el caso de que pueden quedar en entredicho las disposiciones del artículo 27 fracción I, de nuestro máximo ordenamiento jurídico, por cuanto corresponde a la Cláusula Calvo; además del principio constitucional de igualdad jurídica que consagra la misma ley fundamental. Lo cierto es que se tratan de problemas que de algunas manera empiezan a ser tratados por la doctrina⁵. No pretendemos profundizar sobre el particular, en cuanto que sale de nuestro objeto de estudio, no obstante dejamos algunas reflexiones sobre el particular.

Los acontecimientos políticos que se han sucedido en México, en donde esta entrando en una "normalidad" democrática a partir de las elecciones del mes de Enero de 1997, en donde en la Cámara de Diputados hay una mayoría de legisladores que no proviene del Partido Revolucionario Institucional⁶, tiene repercusiones en nuestra prospectiva de estudio, ya que cuando menos por lo que corresponde al Partido de la Revolución Democrática ha puesto de manifiesto dentro de su plataforma electoral de 1997⁶, la revisión del Tratado de Libre Comercio para América del Norte; de igual suerte, existe opiniones que buscan una revisión del tratado fuera de los ámbitos partidistas⁷. La globalización de la economía ha tenido impactos dentro del ámbito de la política; de tal suerte se reconoce por parte de la visión oficial, que los

esquemas de integración multinacional, la apertura comercial, y los flujos de capitales extranjeros, influyen en la internacionalización de la política⁹.

De lo anterior, se abren a nuestro parecer, dos posibilidades a saber: la primera, consistente en ajustar la Constitución Federal y leyes secundarias a los compromisos de los tratados internacionales que ha ratificado México⁹; o segundo, renegociar los tratados y compromisos internacionales, particularmente el TLCAN¹⁰.

NOTAS DEL CAPÍTULO CUARTO.

1. Cfr. El Financiero. n. 3189, México, 11 de Diciembre de 1993, pp. 1 y 3.
2. *Ibid.* p. 3.
3. Vid. D.O.F., 22 de diciembre de 1993.
4. Cfr. DÍAZ, Luis Miguel y Antonio Garza. "Los Mecanismos para la solución de Controversias del Tratado de Libre Comercio para América del Norte", Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, n. 14, México, 1990. También: PÉREZ MIRANDA, Rafael. Coord. Integración y Derecho Económico. México, E.N.E.P.-Acatlán, 1995, pp. 53-67.
5. Cfr. Proceso. No. 1079, México, 7 de julio de 1997. pp.22-30.
6. Cfr. SECRETARIA DE ESTUDIOS Y PROGRAMAS DEL CEN DEL PRD. Plataforma Electoral 1997. (Ratificada por la Convención Nacional Electoral del 14 y 15 de Marzo de 1997), México, <<s.e.>>, 1997, pp. 32, 37, 38, y ss.
7. Cfr. MEXICO 2000. Los Compromisos con la Nación. México, Ed. Plaza & Janes, 1996, 61-78.
8. Cfr. RUIZ MASSIEU, José Francisco. El Proceso Democrático en México. 2da. ed. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V., 1994, p. 92 y ss.
9. Pérez Miranda, Op. Cit., pp. 29-30.
10. Vid. *Supra*, notas 6 y 7.

CONCLUSIONES GENERALES.

I. México está formalmente inmerso en un proceso de integración económica con los Estados Unidos de Norteamérica y el Canadá, lo que constituye un proceso económico, social y político que conlleva repercusiones en los sistemas normativos de los tres países, y en lo particular, en el caso de México constituye un acoplamiento jurídico entre la Constitución Federal vigente y el Tratado de Libre Comercio para América del Norte y que implica una seria revisión del proyecto del Estado mexicano, ya que las transformaciones derivadas de la integración económica obligaran a la reformulación de los principios jurídicos, filosóficos y políticos en que se sustenta la Ley Fundamental, como producto de un proceso histórico formulado en 1917.

II. Las disposiciones jurídicas del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, relativas a la expropiación de la inversión extranjera son anticonstitucionales en cuanto a los criterios en que se sustenta la cuantificación de la indemnización.

III. La expropiación es un acto administrativo por medio del cual, el Estado mexicano puede adquirir imperativamente inversiones extranjeras, previstas como tales por el Tratado de Libre Comercio para América del Norte, a efecto de satisfacer una utilidad pública, sobre bases no discriminatorias, y que en apego estricto al principio de legalidad, debe retribuir una indemnización a los inversionistas expropiados, mediante el pago en moneda nacional o en especie (solo en moneda del Grupo de los Siete), más intereses comerciales hasta su pronta y líquida entrega, y que es susceptible de libre repatriación. Existiendo la posibilidad, de que los inversionistas afectados impugnen al

Estado mediante un arbitraje internacional previsto en el mismo tratado internacional.

IV. Existe un enfrentamiento en la correlación que se da entre de la Constitución de 1917 con legislación expropiatoria federal, y las disposiciones del Tratado de Libre Comercio para América del Norte en materia de expropiación de la inversión extranjera, en cuanto a sus dimensiones político-ideológicas, y que reflejan un cambio en las tendencias ideológicas, constituyendo un claro ejemplo del proceso de reajustes jurídicos apresurados en el marco de un proceso de integración económica con tendencias de expansión continental. Y que tienen como efecto inmediato, un trato discriminatorio para con los inversionistas nacionales mexicanos, en cuanto a la expropiación de sus inversiones por parte del Estado mexicano, frente a las inversiones extranjeras previstas en el mismo tratado internacional.

V. Por todo lo anterior, es más atractivo que los inversionistas mexicanos constituyan sociedades mercantiles con nacionalidad norteamericana o canadiense e inviertan en México, como inversión extranjera, y poder estar en igualdad de condiciones frente al Estado mexicano en caso de una expropiación de sus inversiones.

VI. El desarrollo de las economías a escala, en el marco del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, constituye una oportunidad para que las empresas transnacionales diversifiquen sus producciones de manera complementaria, para evadir la acción impositiva y expropiatoria del Estado mexicano.

CONCLUSIONES GENERALES.

VII. La tendencia expropiatoria del Estado mexicano, respecto de las inversiones extranjeras contempladas en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte, se contemplan como extraordinarias, dados los imperativos ideológicos del proceso de integración.

BIBLIOGRAFÍA.

1. ACOSTA ROMERO, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo. 8 ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1988, 897pp.
2. ARELLANO GARCÍA, Carlos. Derecho Internacional Privado. 8a. ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1986, 828pp.
3. BLANCO, Herminio. Las Negociaciones Comerciales de México con el Mundo. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V., 1994, 281pp.
4. BURGOA, Ignacio. Las Garantías Individuales. 20 ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1986, 768pp.
5. BURGOA, Ignacio. El Juicio de Amparo. 23 ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1986, 1080pp.
6. CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 20a. ed., Buenos Aires, Argentina, Ed. Heliasta, S.R.L., 1986, T. I, p. 407.
7. CORDERA, Rolando y TELLO, Carlos. México: La Disputa por la Nación. Perspectivas y Opciones de Desarrollo. 10a. ed., Ed. Siglo Veintiuno Editores, 1991, México, 149 pp.
8. FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. 27 ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1988, 506pp.
9. Enciclopedia Jurídica Omeba. Vol. XI, Buenos Aires, Argentina, Ed. Driskill, S.A., 1989, 1004 pp.
10. Enciclopedia Jurídica Omeba. Vol. XV, Buenos Aires, Argentina, Ed. Driskill, S. A., 1989, 1004 pp.

11. Enciclopedia Jurídica Omeba. Vol. XXVI, Buenos Aires, Argentina, Ed. Driskill, S. A., 1986, 1002 pp.
12. KRIEGER, Emilio. En Defensa de la Constitución. Violaciones Constitucionales a la Carta Magna. México, Ed. Grijalbo, S.A. de C.V., 1994, 307pp.
13. MEYER, Lorenzo. Liberalismo Autoritario. Las Contradicciones del Sistema Político Mexicano. México, Ed. Océano, S.A. de C.V., 1995, 282 pp.
14. MÉXICO 2000. Los Compromisos con la Nación. México, Plaza & Janés editores, 1996, 438 pp.
15. MONTAVON, Remy. La Implantación de Dos Empresas Multinacionales en México. México, Ed. Premia, 1980, 152 pp.
16. PÉREZ MIRANDA, Rafael. Integración y Derecho Económico. México, E.N.E.P.-Acatlán, 1995, 173 pp.
17. RIDING, Alan. Vecinos Distantes. Un Retrato de los Mexicanos. México, Ed. Joaquín Mortiz, S.A., 1985, 451 pp.
18. ROGOZINSKI, Jacques. La Privatización de Empresas Paraestatales. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, S. A. DE C.V., 1993, 206 pp.
19. ROZENTAL, Andrés. La Política Exterior de México en la Era de la Modernidad. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V., 1993, 198 pp.
20. RUIZ MASSIEU, José Francisco. El Proceso Democrático en México. 2da. ed., México, Ed. Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V., 1994, 265.
21. SEPULVEDA, Bernardo y Chumacero, Antonio. La Inversión Extranjera en México. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1973, 261 pp.

22. SERRA ROJAS, Andrés. Derecho Administrativo. 14 ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1988, T. I, p. 325.
23. TAMAMES, Ramón. Estructura Económica Internacional. México, Ed. Dirección General de Publicaciones del Consejo Nacional para la Cultura y la Artes / Editorial Patria S. A. de C. V., 1991, 494 pp.
24. TENA RAMÍREZ, Felipe. Leyes Fundamentales de México. 16 ed., México, Ed. Porrúa, S.A., 1991, 1096 pp.
25. UNIDAD DE ANÁLISIS PROSPECTIVO DEL FINANCIERO. La Sucesión Pactada. La Ingeniería Política del Salinismo. México, Ed. Plaza y Valdez, Editores, 1993, 230 pp.
26. VALENCIA ROSAS, Francisco Javier. Eclosión, Desarrollo, Exégesis y Perspectivas del Concepto de Soberanía en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Tesis (Licenciatura en Derecho), Universidad del Valle de México, México, 1992, 390 pp.
27. WITKER V., Jorge. (Coord.). Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte. México, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1994, 272 pp.
28. ZAIID, Gabriel. Añón al PRI. México, Ed. Océano de México S. A. de C. V., 1995, 269 pp.

HEMEROGRAFÍA.

1. BERCAW, Christopher. "El TLC, ¿ Un Tratado de Libre Inversión ?", Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, n. 18, México, 1994.
2. CARRETERO PÉREZ, Adolfo. "La Expropiación Forzosa de las Concesiones Administrativas y de Empresas Mercantiles". Revista de Derecho Administrativo y Fiscal, n. 10, España, 1965, 230 pp.
4. CONFEDERACIÓN PATRONAL DE LA REPÚBLICA MEXICANA. Recopilación de Escritos y Declaraciones de las Agrupaciones Patronales y otras, con Motivo del Proyecto de Ley de Expropiación. México, <<s.e.>>, 1936, 220 pp.
5. DIAZ, Luis Miguel y Antonio Garza. "Los Mecanismos para la solución de Controversias del Tratado de Libre Comercio para América del Norte", Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, n. 14, México, 1990.
6. El Financiero. n. 3189, México, 11 de Diciembre de 1993, pp. 1 y 3.
7. El Financiero. n. 3571, México, 04 de Enero de 1995, p. 4.
8. El Financiero. n. 3572, México, 05 de Enero de 1995, pp. 4, 5, 6 y 28.
9. El Financiero, n. 3599, México. 01 de febrero de 1995, 08A.
10. El Financiero, n. 3606, México, 08 de febrero de 1995, 06A.
11. El Financiero. n. 3841, México, 06 de Octubre de 1995, p. 4.
12. GONZALEZ PAZ, José. "Consideraciones Sobre los Fundamentos Económicos de la Valoración en Régimen Expropiatorio". Documentación Administrativa,

Presidencia del Gobierno. Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, núms. 101-102, Madrid, España, 1966, 164 pp.

13. GRUPO FINANCIERO BANAMEX-ACCIVAL. EXAMEN DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA DE MÉXICO. V. LXI, n. 830 y 831, México, Enero-Febrero, 48 pp.
14. Perspectivas Económicas, n. 20, Washington, D. C., 1977, 89 pp.
15. Proceso. No. 1079, México, 7 de julio de 1997. pp.22-30.

**LEYES, DECRETOS, ACUERDOS, JURISPRUDENCIA (COMPILACIONES),
DOCUMENTOS DE CARÁCTER JURÍDICO, DISCURSOS OFICIALES Y
DOCUMENTOS POLÍTICOS.**

1. Acta Final de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales y, por lo tanto, el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. (D. O. F. 30 de Diciembre de 1994.)
2. CARDENAS VELASCO, Rolando. (compilador). Jurisprudencia Mexicana 1917-1985. México, Filiberto Cárdenas Uribe, Editor y Distribuidor, 1978, 615 PP.
3. MAYO BURRIETA, Francisco. (compilador). Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes de la Suprema Corte de Justicia (1974-1975). 5ta. parte, actualización IV administrativa, Segunda Sala, - S.E.-, México, 1978.
4. México. Código de Comercio, vigente.
5. México. Código de Comercio Exterior, vigente.
6. México. Código Fiscal de la Federación, vigente.
7. México. Código Federal de Procedimientos Civiles, vigente.
8. México. Constitución General de la República.
9. México. Decreto que reforma, adiciona, y deroga disposiciones de diversas leyes relacionadas con el Tratado de Libre Comercio para América del Norte. (D. O. F. 22 de Diciembre de 1993.)
10. México. Ley Federal de Expropiación, vigente.
11. México. Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial, vigente.
12. México. Ley General de Deuda Pública, vigente.

13. México. Ley General de Sociedades Mercantiles, vigente.
14. México. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, vigente.
15. México. Ley de Inversión Extranjera, vigente.
16. México. Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, vigente.
17. México. Plan Nacional de Desarrollo 1988-1994.
18. México. Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000.
19. México. Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. Discurso Pronunciado el 7 de Julio de 1994 por el Dr. Jaime Serra Puche, Secretario de Comercio y Fomento Industrial, ante la Comisión de Comercio de la H. Cámara de Senadores. <<s.e.>>, 1994, p. 6.
20. SECRETARIA DE ESTUDIOS Y PROGRAMAS DEL CEN DEL PRD. Plataforma Electoral 1997. (Ratificada por la Convención Nacional Electoral del 14 y 15 de Marzo de 1997), México, <<s.e.>>, 1997, pp. 32, 37, 38, y ss.
21. Tratado de Libre Comercio para América del Norte.

PONENCIAS Y APUNTES.

1. GARCÍA MORENO, Carlos y Silva, Jorge Alberto. La Inversión en el TLC; el Arbitraje Como Medio de Solución de Controversias (Capítulo XI). Ponencia en el XVIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, desarrollado en la Universidad de las Américas, Cd. de Cholula, Puebla. 1994, 55 pp.
2. PÉREZ MIRANDA, Rafael. Estructura Jurídico-Económica de la Inversión Extranjera en México y en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (Apuntes). México, UNAM - Programa de Posgrado de la E.N.E.P. Acatlán / Universidad Autónoma Metropolitana - México. 1994, 89 pp.

