



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO**

FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

ASPECTOS JURÍDICOS DE LA INVERSIÓN  
EXTRANJERA EN MÉXICO A LA LUZ DEL  
TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA  
DEL NORTE

287871

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN RELACIONES INTERNACIONALES

P R E S E N T A :

V I C E N T E L S I L V A L I G A



MÉXICO, D. F.

200



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.

## AGRADECIMIENTOS

La expresión de honesta gratitud hacia los que nos han ayudado a pasar a un nivel superior de nuestra existencia, es un acto de humildad y una condición de todo bien nacido.

Es por ello que dedico este trabajo a las siguientes personas con toda mi admiración y aprecio:

A mi Madre, de quien he aprendido que la templanza, la gratitud, la nobleza y la generosidad deben ser valiosos atributos de todo hombre.

A mi Padre, quien me ha enseñado que el resultado de lo que te propongas está en el grado de tu esperanza y empeño.

A mis hermanos, de quienes he aprendido que la integridad, la buena fe y la honestidad son valores sagrados.

A mis maestros, motivo de inspiración y mi banco inagotable de conocimientos y talentos, guías invaluable que me han acercado un poco más a la verdad.

A la memoria del profesor Víctor Carlos García Moreno, quien dirigió parte de este trabajo.

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>xii</b>
<b>SIGLAS Y ABREVIATURAS.....</b>	<b>xvii</b>
<b>CAPÍTULO 1. MARCO TEÓRICO.....</b>	<b>1</b>
1.1. CONCEPTOS BÁSICOS.....	1
1.1.1. Concepto de inversión.....	1
1.1.2. Inversión directa e indirecta.....	2
1.1.3. Inversión nacional y extranjera.....	2
1.1.4. Inversión extranjera directa e indirecta.....	3
1.2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS.....	4
1.2.1. Problemas de la conceptualización teórica.....	4
1.2.2. El enfoque de la interdependencia.....	5
1.2.3. El enfoque de la integración.....	7
1.2.4. La globalización.....	10
1.2.5. Enfoques teóricos.....	11
1.2.5.1. Defensa de la inversión extranjera.....	11
1.2.5.2. El enfoque de la escuela de la dependencia.....	12
1.2.5.3. El enfoque de la negociación.....	13
1.2.5.4. El enfoque estructural.....	14
1.2.6. Derecho interno vs derecho internacional.....	15

<b>CAPÍTULO 2. LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN MÉXICO.....</b>	<b>20</b>
2.1. CONSIDERACIONES GENERALES.....	21
2.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	25
2.2.1. Periodo colonial.....	25
2.2.2. La Independencia.....	26
2.2.3. La Reforma y el liberalismo de Juárez.....	29
2.2.4. El Porfiriato.....	29
2.2.5. La Revolución.....	32
2.2.6. Los años de expropiación.....	36
2.2.7. El <i>Milagro Económico Mexicano</i> y el desarrollo estabilizador.....	37
2.2.8. La etapa restrictiva.....	40
2.2.8.1. La Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera de 1973.....	41
2.2.8.2. Reglamento del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.....	44
2.2.8.3. El papel desempeñado por la CNIE.....	45
2.3. LOS PLANES NACIONALES DE DESARROLLO Y LA EVOLUCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA.....	46
2.3.1. El Plan Nacional de Desarrollo 1984 - 1988.....	46
2.3.2. El Plan Nacional de Desarrollo 1989 - 1994.....	50
2.4. EL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA.....	52
2.4.1. Disposiciones constitucionales.....	53
2.4.1.1. Artículo 1.....	53
2.4.1.2. Artículo 73.....	54

2.4.1.3. Artículo 27.....	55
2.4.1.3.1. Dominio de tierras y aguas.....	55
2.4.1.3.2. Adquisición de tierras y aguas.....	56
2.4.1.3.3. La "Zona Prohibida.".....	56
2.2.1.3.4. La "Cláusula Calvo".....	57
2.2.1.3.5. Expropiación.....	58
2.4.1.4. Artículo 28 y los monopolios.....	59
2.4.2. Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.....	60
2.4.3. La nueva Ley de Inversión Extranjera.....	66

**CAPÍTULO 3. MÉXICO EN EL ENTORNO JURÍDICO INTERNACIONAL  
DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA.....70**

3.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	70
3.2. NORMAS Y PRINCIPIOS INTERNACIONALES RECONOCIDOS EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA.....	71
3.2.1. La cláusula sobre la "Nación más favorecida".....	74
3.2.2. La cláusula de "trato nacional".....	75
3.2.3. Trata justo e imparcial.....	75
3.2.4. Eliminación de "requisitos de desempeño".....	75
3.2.5. Garantías de "convertibilidad y repatriación de utilidades de inversión y ganancias".....	76
3.2.6. Acceso a utilizar el "arbitraje internacional" como medio pacífico de solución de controversias.....	76
3.2.7. Cláusulas de escape.....	77
3.2.8. Riesgos políticos.....	77
3.2.9. Expropiación.....	78

3.3. MEDIOS INTERNACIONALES DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.....	80
3.3.1. Consultas.....	83
3.3.2. Negociación.....	83
3.3.3. Buenos oficios.....	83
3.3.4. Investigación.....	84
3.3.5. Mediación.....	84
3.3.6. Conciliación.....	84
3.3.7. Arbitraje.....	85
3.4. MÉXICO ANTE EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN MATERIA DE INVERSIONES.....	86
3.5. MÉXICO EN EL DERECHO CONVENCIONAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE ARBITRAJE.....	88
3.5.1. Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York).....	88
3.5.2. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá).....	90
3.5.3. Convención Interamericana sobre Eficacia Extra territorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Convención de Montevideo).....	90
3.5.4. Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).....	91
3.5.4.1. El Reglamento de la UNCITRAL.....	91
3.5.4.2. "La Ley Modelo" de la UNCITRAL.....	92
3.6. CONVENCIONES, ACUERDOS, INSTRUMENTOS E INSTITUCIONES INTERNACIONALES RELATIVOS A INVERSIONES.....	94
3.6.1. Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.....	94

3.6.1.1. Solución de controversias.....	97
3.6.1.2. Medidas en materia de inversión relacionadas con comercio.....	98
3.6.1.3. El Código Internacional de Conducta para las Empresas Transnacionales.....	99
3.6.2. El papel del Banco Mundial en la promoción y garantías de la IED.....	101
3.6.2.1. Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI).....	102
3.6.2.2. Organismo Multilateral de Garantías de Inversión (MIGA).....	106
<b>3.7. LAS COMISIONES DE RECLAMACIONES MÉXICO - ESTADOS UNIDOS Y LAS INVERSIONES.....</b>	<b>108</b>
<b>3.8. LA CLÁUSULA CALVO.....</b>	<b>119</b>
3.8.1. Principios.....	121
3.8.1.1. Igualdad de Trato.....	121
3.8.1.2. Jurisdicción exclusiva del país receptor de la inversión.....	122
3.8.1.3. Limitación en el ejercicio de la protección diplomática.....	123
3.8.2. La Cláusula Calvo y la legislación mexicana.....	124
 <b>CAPÍTULO 4. LA INVERSIÓN EN EL MARCO DEL TLCAN.....</b>	 <b>130</b>
4.1. CONSIDERACIONES GENERALES.....	130
4.2. EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE Y LA INVERSIÓN.....	131
4.2.1. Panorama General del TLCAN.....	131
4.2.2. El régimen jurídico de la inversión extranjera en Norteamérica.....	135
4.2.2.1. Regulación de la inversión extranjera directa en Estados Unidos.....	136

4.2.2.2. Regulación de la IED en Canadá.....	137
4.2.2.3. Regulación de la IED en México.....	139
4.3. OBJETIVOS DE MÉXICO EN LA NEGOCIACIÓN DEL CAPÍTULO DE INVERSIONES DEL TLCAN.....	139
4.4. ALCANCE Y PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE INVERSIÓN: CAPÍTULO XI DEL TLCAN.....	142
4.4.1. Ámbito de aplicación.....	142
4.4.2. Conceptos de inversión e inversionista.....	143
4.4.3. Principios generales y reservas.....	144
4.4.3.1. Apertura sectorial.....	145
4.4.3.2. Trato a la inversión.....	147
4.4.3.2.1. Principio de trato nacional.....	147
4.4.3.2.2. Trato de nación más favorecida.....	148
4.4.3.2.3. Nivel mínimo de trato.....	149
4.4.3.2.4. Requisitos de desempeño.....	149
4.4.3.2.5. Transferencias.....	150
4.4.3.2.6. Expropiación y compensación.....	151
4.4.3.2.7. Formalidades especiales y requisitos de información.....	151
4.4.3.2.8. Medidas relativas al medio ambiente.....	152
4.4.3.2.9. Excepciones a los principios de inversión (anexos).....	153
4.5. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE UNA PARTE Y UN INVERSIONISTA DE OTRA PARTE: CAPÍTULO XI, SECCIÓN B.....	156
4.5.1. Partes en el procedimiento arbitral.....	157
4.5.2. Consideraciones generales.....	158
4.5.3. Notificación de someter la reclamación al arbitraje.....	159

4.5.4. Sometimiento de la reclamación al arbitraje.....	160
4.5.5. Requisitos previos para someter una reclamación al arbitraje.....	161
4.5.6. Designación de árbitros y composición del Tribunal Arbitral.....	162
4.5.7. El procedimiento arbitral.....	163
4.5.7.1. Acumulación de procedimientos.....	163
4.5.7.2. Notificación, sede y derecho aplicable al procedimiento.....	165
4.5.7.3. Dictámenes de expertos.....	166
4.5.7.4. Medidas provisionales de protección.....	166
4.5.7.5. Laudo definitivo.....	167
4.5.7.6. Ejecución del laudo.....	167
4.6. EXCEPCIONES AL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIÓN.....	169
4.7. ARBITRAJES QUE SE HAN DESARROLLADO CONFORME A LA SECCIÓN B DEL CAPÍTULO XI.....	170

<b>CAPÍTULO 5. REPERCUSIONES JURÍDICAS EN MÉXICO DERIVADAS DEL CAPÍTULO DE INVERSIÓN DEL TLCAN.....</b>	<b>173</b>
5.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	173
5.2. IMPACTO DEL TLCAN EN EL INCREMENTO DE LA IED.....	174
5.3. EL DERECHO MEXICANO EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA EN UNA ECONOMÍA GLOBALIZADA.....	175
5.4. NUEVAS FIGURAS, LEGISLACIÓN Y PROCEDIMIENTOS.....	177
5.5. LA LEY DE CELEBRACIÓN DE TRATADOS Y PROBLEMAS CONSTITUCIONALES EN INVERSIÓN.....	178
5.6. PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DEL CAPÍTULO XI DEL TLCAN.....	180
5.6.1. Disposiciones del TLCAN en conflicto con la Garantía de Igualdad.....	180

5.6.2. Las garantías individuales y los tratados internacionales.....	182
5.6.3. La Cláusula Calvo.....	183
5.6.3.1. El <i>leitmotiv</i> .....	183
5.6.3.2. Argumentos en pro y en contra.....	184
5.6.3.3. Vigencia de la Cláusula Calvo.....	186
5.7. PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DEL CAPÍTULO XI DE INVERSIÓN DEL TLCAN.....	188
5.7.1. Normas jurídicas del TLCAN en contradicción con la Garantía de Igualdad.....	188
5.7.2. Contradicciones entre las disposiciones del Capítulo XI y la Cláusula Calvo. ....	191
5.7.2.1. Igualdad de nacionales y extranjeros.....	191
5.7.2.2. Arbitraje vs agotamiento de recursos internos.....	194
5.8. Las nuevas tendencias en materia de arbitraje.....	197
 <b>CONCLUSIONES.....</b>	 200
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>212</b>
<b>HEMEROGRAFÍA Y DOCUMENTOS OFICIALES.....</b>	<b>218</b>
<b>LEGISLACIÓN.....</b>	<b>221</b>
<b>DICCIONARIOS.....</b>	<b>222</b>

## INTRODUCCIÓN

La inversión extranjera directa (IED) es uno de los motores para el fortalecimiento de toda economía en un mundo cada vez más interdependiente. Actualmente la lucha por captar flujos de capitales a escala mundial es feroz, sobre todo en países en vías de desarrollo, toda vez que sirve como catalizador para complementar el ahorro interno, acceso a tecnologías de vanguardia y nuevas prácticas administrativas.

En tanto que a los países exportadores de capital, la IED les permite ampliar sus mercados, obtener mano de obra barata o especializada, acelerar la acumulación de capital y hacer frente a sus competidores.

En el caso de México, ante la falta de crédito accesible para financiar nuestro desarrollo, la IED se presenta como una fuente crucial para la generación de más y mejor remunerados empleos, la modernización de nuestra planta productiva y una vía para elevar los niveles de competitividad económica.

Nuestro país disfruta de grandes ventajas tales como una situación geográfica privilegiada, una fuerza de trabajo barata, "cierta estabilidad gubernamental" y una cada vez más moderna y efectiva legislación que regula la inversión extranjera.

Debemos resaltar, sin embargo, que la presencia de inversiones extranjeras ha tenido costos y provocado situaciones difíciles que han llevado a que el gobierno mexicano haya tomado en diferentes contextos históricos, diferentes actitudes, ya fuera por medio de políticas, ya por medio de disposiciones legales hacia tales inversiones.

Los problemas surgidos en relación con la inversión extranjera directa llevaron a establecer desde el siglo pasado mecanismos internacionales para la solución de los

mismos, tal fue con los casos de las Comisiones de Reclamaciones México - Estados Unidos. Ante los abusos constantes de las grandes potencias, México fue constituyendo una actitud nacionalista y proteccionista que se reflejó en sus políticas y su legislación sobre inversión extranjera hasta hace menos de un par de décadas.

El hacer efectiva esta posición llevó a resultados no deseados para el desarrollo del país y se tendió a un cierto aislacionismo que restó competitividad a la economía nacional, por un lado, debido a la excesiva protección de los inversionistas nacionales y, por el otro, la sobre regulación y trabas hacia la inversión extranjera. En gran parte de mi trabajo pretendo justificar histórica y jurídicamente la necesidad del cambio en la posición mexicana, analizar porqué los antiguos modelos jurídicos y las políticas restrictivas de los anteriores regímenes ya no funcionaban en un mundo más interdependiente y competitivo. Debe haber una mayor adecuación de los instrumentos jurídicos nacionales con los convenios y tratados internacionales para dar certidumbre a la IED.

El entorno internacional actual presenta cambios acelerados respecto a la última década. El sistema mundial de bipolaridad y de Guerra Fría ha desaparecido para dar paso a la globalización y la creación de bloques comerciales que implican una mayor competencia entre los países. Se trata ahora de ampliar mercados y fomentar la inversión extranjera para tener crecimiento y ser competitivo en el ámbito internacional.

La posición ideológica nacionalista y restrictiva hacia la inversión extranjera, que en un determinado momento histórico tuvo razón de ser, ya no respondía a las nuevas circunstancias. Debido a ello, el Gobierno Federal, dio un giro radical hacia una actitud más pragmática de nuestra realidad económica, una nueva etapa de liberalización y modernización económica, iniciada desde la década de los ochenta.

En este contexto se decidió celebrar el Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre México, Estados Unidos y Canadá (TLCAN) para regular e incentivar el libre movimiento de bienes y servicios, así como promover y ofrecer certidumbre a la inversión entre los países miembros. Y, de hecho, a cinco años de aplicación del TLCAN “el efecto principal ha sido el de forzar a que las empresas mexicanas se dediquen a elevar la productividad, aprovechar las ventajas comparativas con que cuenta el país y a desarrollar ventajas competitivas propias; a negociar asociaciones estratégicas con empresas extranjeras clave para su actividad y a asumir riesgos empresariales dentro de un entorno institucional y legal previamente existente...el TLCAN ha hecho a México más atractivo a la inversión extranjera. Hemos recibido en los primeros cinco años del TLCAN 57, 000 millones de inversión de extranjera directa...monto tres veces mayor al que recibíamos antes del TLCAN y que coloca a México como uno de los principales receptores de IED entre los países en desarrollo...(la IED derivada del TLCAN) es tecnológicamente más avanzada, lo cual se debe a los factores de competencia y apertura sectorial”.<sup>1</sup>

Importante para este estudio es que fue necesario adaptar la legislación de los tres países a lo establecido en el Tratado.

El marco jurídico de la IED está regido por el derecho interno del país receptor, por los Tratados Bilaterales de Inversión (BIT's por sus siglas en inglés) y por el cambiante derecho internacional. Ante el crecimiento de la inversión extranjera, existe la necesidad de establecer un marco regulatorio flexible, transparente y abierto. En el caso de México, para responder a nuestros compromisos derivados del Tratado, se expidió una nueva Ley de Inversión Extranjera en 1993 - que entró en vigor casi simultáneamente con el TLCAN-, se modificaron otras leyes relacionadas y se

---

<sup>1</sup> Beatriz Laycegui y Rafael Fernández de Castro, *TLCAN: ¿Socios naturales?*, ITAM, México, 2000, pp. 19-23.

simplificaron de los procedimientos para la participación de la inversión foránea, se ampliaron márgenes de inversión y se otorgaron mayores garantías para su participación en la actividad económica nacional.

Se decidió establecer en el TLCAN un capítulo especial dedicado a la Inversión, lo que implicó para México someterse a lo establecido en el mismo y a sus mecanismos de solución de controversias inversionista - Estado. No obstante, algunas de las disposiciones derivadas del mismo e incorporadas en nuestra legislación, significan aparentemente una contraposición a lo contemplado en nuestra Constitución, especialmente las relativas a la garantía de igualdad, la Cláusula Calvo, el agotamiento de los recursos legales internos por parte de los inversionistas extranjeros, el juicio de amparo, entre otras. Esto plantea un problema entre la aplicación del derecho nacional y el internacional, para lo cual se ha planteado como solución el reformar algunas de nuestras instituciones de derecho para hacerlas más armónicas con nuestra realidad y con las nuevas tendencias mundiales de comercio y sus respectivas instituciones jurídicas.

Una de las características importantes y propias del TLC es el sistema de autorregulación y solución de controversias, es decir la instauración de un sistema que va desde las consultas hasta el establecimiento de instancias resolutorias supranacionales, con el fin de que las disposiciones del tratado sean autoaplicables. En materia de inversión se puede recurrir al arbitraje internacional con el objeto de asegurar un trato igual a los inversionistas de las Partes basado en el principio de reciprocidad internacional, como el debido proceso legal ante un tribunal imparcial.

Es la primera vez que México accede a la utilización del arbitraje internacional con un mecanismo de tal naturaleza para la solución de este tipo de disputas, lo que le fue posible debido a la aprobación de la controvertida Ley de Celebración de Tratados,

ya que prevé la celebración de los mismos, siempre y cuando se preserve el principio de reciprocidad internacional, y se dé a los inversionistas la garantía de audiencia y el debido ejercicio de sus defensas, así como la composición imparcial de órganos de decisión, aspectos que sí cubre el TLCAN. Esto generó también una fuerte polémica, pues al parecer la Ley desvirtúa con ello algunas disposiciones constitucionales.

Debido a que el arbitraje comercial internacional a escala mundial está creciendo aceleradamente, se ha ido adaptando satisfactoriamente a las necesidades de los sujetos internacionales de derecho y abre con ello la posibilidad de aplicar un derecho procesal más acorde con las necesidades propias del comercio internacional. El arbitraje representa así un método extrajudicial de solución de controversias que presenta varias ventajas sobre la justicia ordinaria de un país.

De ahí que los mecanismos solución de controversias en materia de inversiones a la luz del TLCAN sean procesos modernos, ágiles e imparciales que tienen el sustento jurídico propio de un instrumento internacional. Por lo mismo, no debe estar supeditado a las legislaciones internas de los Estados miembros, pues se trata de establecer reglas jurídicas uniformes y aplicables por igual a las inversiones entre los tres países, que tengan un carácter *supranacional*. Para México esto significa un cambio en su posición tradicional hacia la inversión foránea, un cambio hacia una posición más flexible y con enfoque global, como lo demuestra la celebración de múltiples BIT's, convenciones y tratados multilaterales sobre la materia: Chile en 1992, Colombia y Venezuela en 1995, Costa Rica y Bolivia en 1995, Nicaragua en 1998, Israel en 1999, la Unión europea en el 2000. También se encuentra negociando con el llamado Triángulo del Norte (El Salvador, Guatemala y Honduras) y de forma bilateral con Panamá, Ecuador, Perú, Belice, Trinidad y Tobago y República Dominicana, y con todos los países del continente, el Acuerdo de libre comercio de las Américas.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 30.

## SIGLAS Y ABREVIATURAS

BIT'S	( <i>Bilateral Investment Treaties</i> o Tratados Bilaterales de Inversión)
CIADI	Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados
CNIE	Comisión Nacional de Inversión Extranjera
CONVENCIÓN DE MONTEVIDEO	Convención Interamericana sobre Eficacia Extra territorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros
CONVENCIÓN DE NUEVA YORK	Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras o CNUDMI.
CONVENCIÓN DE PANAMÁ	Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional
D.O.F.	Diario Oficial de la Federación
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
ET's	Empresas Transnacionales
IED	Inversión Extranjera Directa
LEY MODELO	Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL
LIE	Ley de Inversión Extranjera
MIGA	Organismo Multilateral de Garantías de Inversión
OMC	Organización Mundial de Comercio
RLIE	Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera
RNIE	Registro Nacional de Inversiones Extranjeras
Parte	Estado Parte del TLCAN

parte	Inversionista de un Estado Parte del TLCAN
partes	Estado - inversionista
SRE	Secretaría de Relaciones Exteriores
SECOFI	Secretaría de Comercio y Fomento Industrial
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
UNCITRAL	Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

# CAPÍTULO I

## MARCO TEÓRICO

### 1.1. Conceptos básicos

Antes de adentrarnos a nuestro tema de estudio resulta fundamental la explicación y definición de conceptos, así como un marco metodológico y una conceptualización teórica para comprender y examinar de una manera objetiva nuestro tema. Para ello se retomarán de una manera ecléctica los principales postulados y definiciones relacionados con la inversión extranjera para más adelante internarnos en los marcos y postulados teóricos en boga relacionados con la materia que sirvan como herramienta para explicar con posterioridad los problemas de una manera más precisa.

#### 1.1.1. Concepto de inversión

Inversión, en su sentido más amplio, es según el Diccionario de la Lengua Española, "la acción y efecto de invertir" y, a su vez, "hablando de caudales, se refiere a emplearlos, gastarlos y colocarlos en actividades productivas".<sup>1</sup> Asimismo, entiéndase invertir --desde la perspectiva económica-- como el poner una suma de numerario o capital a trabajar para obtener un rendimiento o utilidad.

Desde el punto de vista de su finalidad o teleológico --dice Jaime Álvarez Soberanis-- "con la inversión se persigue el lucro, es decir, alcanzar un beneficio económico".<sup>2</sup> Así, la inversión es lo contrario al gasto pues significa ahorrar o destinar

---

<sup>1</sup> Real Academia Española, t. II, Espasa - Calpe, Madrid, 1984, p. 785.

<sup>2</sup> *El régimen jurídico y la política en materia de inversiones extranjeras en México*, Themis, México, 1990, p.26.

una parte del ingreso con propósitos distintos a los del consumo, tales como obtener un ingreso o utilidad.

### **1.1.2. Inversión directa e indirecta**

Existe una diferencia entre inversión directa e indirecta, la primera se puede definir como la adquisición de bienes de capital, tales como maquinaria y edificios, que le darán al inversor un rendimiento futuro. La segunda se denomina inversión "financiera" y se refiere a la transferencia o adquisición de la propiedad de títulos (bonos, acciones, obligaciones, etc.) entre personas.<sup>3</sup>

### **1.1.3. Inversión nacional y extranjera**

La inversión constituye una importante base productiva de la sociedad y una fuente para el desarrollo económico pues permite un aumento de la producción, el perfeccionamiento tecnológico, mayores bienes disponibles para el consumo y más servicios con posibilidad de ser aprovechados.

Ahora bien, la inversión se puede dividir en nacional, si se realiza dentro del territorio de un mismo país, y en extranjera si traspasa las fronteras de acuerdo a su origen.

Según Alvarez Soberanis "la inversión extranjera consiste en el acto o sucesión de actos a través de los cuales se invierte en un país distinto y su clasificación como tal, se basa en el hecho de que los flujos financieros atraviesan las fronteras".<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Vid. Tim Congdon y Douglas McWilliams, *Diccionario de economía*, Grijalbo, Barcelona, 1982, pp.116-117. Así como Arthur Sheldon y F.G. Pennance, *Diccionario de economía*, Oikos-tau Ediciones, Barcelona, 1986, pp.311-313.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 29.

#### 1.1.4. Inversión extranjera directa e indirecta

La clasificación más aceptada en relación con inversión extranjera es, de acuerdo con Ricardo Méndez Silva:

1) Inversión extranjera directa: "Es el desplazamiento de capital por personas privadas para emprender negocios en el exterior y en la cual existe control del inversionista sobre la marcha de los negocios"

2) Inversión extranjera indirecta: "La que se celebra a través de préstamos entre organismos públicos, o entre gobiernos y las emisiones de títulos y su colocación en el mercado de valores de otro estado que es el que realiza la inversión al adquirirlos"<sup>5</sup>

Es decir, siendo la inversión extranjera la inversión de los individuos o instituciones de un país en otro, puede tratarse de una inversión directa, por medio de la cual se adquieren los bienes de capital y otros activos parecidos (equipo industrial, maquinaria, materias primas, etc.), o de una inversión de cartera caracterizada por la compra de activos financieros a corto o mediano plazo.

Oscar Ramos define la inversión extranjera directa como "aquella efectuada por los particulares para el establecimiento, mantenimiento y desarrollo de toda clase de negocios, también particulares, en un país extranjero. Puede efectuarse a través del otorgamiento de créditos a personas físicas y morales del país receptor, cuya única personalidad y atractivo consiste en la obtención del interés pactado. Puede también efectuarse a través del establecimiento de un negocio propio encaminado a producir utilidades, o bien mediante la compra de un negocio ya establecido. En todos estos casos la inversión extranjera puede ser única o mixta. Es única cuando el capital del negocio es

---

<sup>5</sup> *El régimen jurídico de las inversiones extranjeras en México*, UNAM, México, 1969, p. 13.

exclusivamente extranjero y es mixta cuando además del capital extranjero existe capital nacional..."<sup>6</sup>

De esta manera se pueden destacar las características de la inversión extranjera directa, que constituye el objeto de estudio del presente trabajo:

- 1) Es un movimiento de recursos que un Estado registra en la cuenta de capital de su balanza de pagos.
- 2) Es un flujo de capital a largo plazo (generalmente a un año o más).
- 3) Fundamentalmente se expresa en la construcción de plantas de producción o fábricas de origen extranjero.
- 4) Su característica esencial consiste en la colocación o creación de activos fijos o bienes de capital fijo, tales como equipo, edificios, tierras, inmuebles, plantas manufactureras, entre otras, que personas (físicas o morales) de un país colocan en otro de diferente nacionalidad.

## **1.2. Fundamentos teóricos**

### **1.2.1. Problemas de la conceptualización teórica**

Al analizar la inversión extranjera en México es conveniente estudiar cuáles son los principales modelos y enfoques teóricos relacionados con la misma, sobre todo al considerarla dentro del actual proceso de globalización, regionalización e interdependencia económica de la economía mundial.

La inversión extranjera, desde una perspectiva teórica, es uno de los medios más adecuados para la captación de divisas; por ello los diferentes gobiernos deben

---

<sup>6</sup> *México ante la inversión extranjera: legislación, políticas y prácticas*, Impresora Azteca, México, 1971, p. 11.

considerarla en su reestructuración económica y jurídico - política para dar certidumbre y seguridad a los inversionistas extranjeros con vistas al bienestar nacional.

Ante la divergencia y diversidad de puntos de vista de las diferentes corrientes de pensamiento, puede uno perderse en una vastedad de teorías, pero se retomarán los puntos que nos puedan aclarar y nos den una mejor base para emprender nuestro estudio de una manera más objetiva y precisa. Antes que nada se deben tomar en cuenta los elementos conceptuales y metodológicos para situar el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en el mundo jurídico nacional e internacional, haciendo énfasis en nuestra materia, por lo que se analizan los conceptos de interdependencia, integración y globalización y las consecuencias jurídicas generales para el derecho de una economía que como la mexicana se abre al exterior y que intenta captar inversión productiva para alcanzar su desarrollo. Se presentan los enfoques más usados actualmente para tratar el tema de inversiones extranjeras. Finalmente se analizarán los problemas del derecho interno frente al derecho internacional y las correspondientes posiciones de los teóricos, ello para más adelante en el trabajo entender las implicaciones jurídicas de los métodos de solución de controversias en materia de inversión a los cuales México deberá seguramente someterse.

### **1.2.2. El enfoque de la interdependencia**

Al analizar las relaciones de México con Estados Unidos se han utilizado a menudo diversos enfoques, tales como los de *dependencia* , *interdependencia* e *integración* .

Durante los años setenta los estudiosos de la relación México - Estados Unidos recurrieron al concepto de *dependencia* para explicar el papel de hegemonía del segundo sobre nuestro país, pues dependencia significaba entonces "sujeción" o su

"subordinación", de un Estados Unidos intervencionista y expansivo y de un México débil y defensivo.<sup>7</sup>

En la misma década de los setenta, ante el incremento de las relaciones entre los dos países, se desarrolló un nuevo modelo explicativo denominado enfoque de la *interdependencia*, el cual ha sido objeto de distintas interpretaciones y aplicaciones. Así, Rosecrance explica la interdependencia como "... el vínculo directo y positivo entre los intereses de los Estados, en donde al producirse el cambio en la posición de uno afecta la posición de los otros en la misma dirección."<sup>8</sup> Se utilizó el concepto para explicar no sólo el nivel de compenetración debida a la creciente interrelación entre las naciones, sino también los efectos recíprocos e influencias mutuas que los eventos internos de una nación tienen en la otra.

Los teóricos que aplicaron ese término en las relaciones de México- Estados Unidos y las de Canadá - Estados Unidos establecieron un punto de vista semejante para ambos casos. Robert O. Keohane y Joseph S. Nye, en el caso canadiense, perciben el carácter asimétrico de esa interdependencia. Las relaciones económicas con Estados Unidos tienen un mayor peso para Canadá, a pesar de que cada uno de ellos es muy importante para el otro.<sup>9</sup>

En el caso mexicano, Mario Ojeda y Carlos Rico, hablan de una "interdependencia asimétrica" por la creciente dependencia de México hacia Estados

---

<sup>7</sup> Mario Ojeda, "México y los Estados Unidos. ¿Interdependencia o dependencia de México?", en Roque González, *La frontera norte: integración y desarrollo*, El Colegio de México, México, 1981, p. 128.

<sup>8</sup> "Whither Interdependence", *International Organization*, vol. 31, n° 3, University Press of Wisconsin, U.S.A., Summer 1977, p. 425.

<sup>9</sup> "Introduction: The Complex Politics of Canadian-American Interdependence", en Annette Baker Fox, *Canada and the United States: Transnational and Transgovernmental Relations*, Columbia University Press, New York, 1976, p. 7. Para una visión más amplia se recomienda consultar la obra clásica de los mismos autores: *Poder e interdependencia. La política mundial en transición*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1988.

Unidos así como el carácter asimétrico de la relación.<sup>10</sup> Por un lado, los estadounidenses lo utilizan para fundamentar propuestas de crear ligas económicas y sociales más cercanas entre los dos países, mientras que por el otro, los mexicanos han usado ese término para fundamentar proyecciones del futuro mexicano como una potencia capitalista independiente, pues esto permite reconocer los ideales de soberanía e independencia emanados de la Revolución Mexicana.

### 1.2.3. El enfoque de la integración

A partir de 1986 inicia un nuevo debate sobre los conceptos "interdependencia - integración". Esto a causa del creciente intercambio e interacción que experimentan las economías mexicana y estadounidense, que a pesar de las asimetrías, se desarrolla fundamentalmente en la frontera norte .

William Wallace define la *integración económica formal* como las "acciones deliberadas de las autoridades gubernamentales para crear y ajustar reglas; establecer instituciones comunes para trabajar en ellas, con el objeto de regular, canalizar, redireccionar, promover o inhibir flujos económicos y sociales (transfronterizos), así como para promover políticas comunes (entre los participantes en el proceso de integración)."<sup>11</sup>

Carlos Rico piensa que a pesar de que varios observadores, estudiosos y políticos recurren a la retórica de la interdependencia, su uso es incompatible con la idea de un Mercado Común en América del Norte.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Vid. Mario Ojeda, "México and the United States Relations: Interdependence or Mexico's Dependence" y el artículo de Carlos Rico, "The Future of Mexico-U.S. Relations and the Limits of the Rethoric of Interdependence", en Carlos Vázquez y Manuel García y Griego, *Mexican- U.S. Relations: Conflict and Convergence*, UCLA, U.S.A., 1983.

<sup>11</sup> *The Transformation of Wester Europe*, RIIA ed., Reino Unido, 1990, p 54, citado por Alejandro Chanona Burguete, "Inter(dependencia) vs. Integración económica formal entre México y Estados Unidos", en Eliezer Morales Aragón y Consuelo Dávila Pérez (coords.), *La nueva relación de México con América del Norte*, UNAM, México, 1994, p. 33.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, p. 131-132.

Por su parte Clark Reynolds, en el ámbito de las relaciones México - Estados Unidos, la interdependencia ha sido sinónima de "integración silenciosa". Con ello se inclinaba más al binomio "interdependencia - integración", que al de "interdependencia asimétrica" más cercana al análisis de la dependencia.<sup>13</sup>

Ha habido a lo largo de la historia una integración económica informal entre México y Estados Unidos, es decir una interacción a través de los mercados, la tecnología, las comunicaciones, influencia de movimientos políticos, sociales, culturales transfronterizos aún sin la intervención expresa de los respectivos gobiernos.

Sin embargo, a partir de los últimos años, especialmente desde mediados de la década pasada ha habido un proceso de integración formal entre ambos países debida a la intervención y negociación entre ambos gobiernos, que se evidenció con las negociaciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, representado en este caso por la creación de una "zona de libre comercio".

Desde el punto de vista económico, la integración es un proceso mediante el cual dos o más países se unen con el objeto de formar un mercado más amplio que les garantice un mayor y mejor aprovechamiento de las economías de escala y lograr niveles más adecuados de eficiencia para competir en los mercados internacionales. Así, en el proceso de integración, el TLCAN se ubica en uno de los grados menos intensos de la escala del proceso de integración que llega hasta la creación de mercados comunes, pasando por la zona de preferencia arancelaria, zona de libre comercio y la unión aduanera.<sup>14</sup> Se pueden tomar diversos indicadores tales como la inversión extranjera directa, comercio, etc. para hablar de integración. Pero es importante el paso hacia una

---

<sup>13</sup> "Mexican-U.S. Interdependence: economic and social perspectives" en Clark Reynolds y Carlos Tello (coords.), *US-Mexico Relations: economic and social aspects*, Stanford, University Press, U.S.A., 1983, p. 21.

<sup>14</sup> *Vid*, Mario Abdala Mirwald, *Comercio internacional: Retos y oportunidades para la empresa*, SECOFI-BANCOMEXT, México, 1994, pp. 22-25. Es recomendable ver también la obra de Bela Balassa, *Teoría de la integración económica*, UTHEA, México, 1980.

*integración administrada* , de lo informal a lo formal, que tanto México como Estados Unidos decidieron emprender a la luz del TLC que requiere entre otras bases: a) aprovechar ventajas comparativas, b) buscar complementariedad económica, c) reconocer que cada Nación tiene un mercado natural en el otro, etc.<sup>15</sup>

Es importante considerar que en los procesos de integración económica internacional existen otras dos esferas inseparables: la política y la jurídica. De esta manera el derecho puede ser tanto instrumento como objeto de integración.

El derecho es un instrumento en tanto constituye un cause y un medio. "En este sentido, el derecho ofrece distintas posibilidades de integración institucional, mediante la creación de organismos supra o internacionales, representativos o independientes, con funciones decisorias, de coordinación o de información y consulta".<sup>16</sup> El derecho ayuda también al establecimiento de diferentes principios y garantías de libertad, de propiedad, de igualdad (como el trato nacional o de nación más favorecida) y seguridad (tales como el acceso a los tribunales, a los mecanismos internacionales de solución de controversias o el arbitraje), que sí establece el TLCAN en el capítulo de inversión.

El derecho como objeto de integración es de igual manera importante pues permite la unificación, uniformidad o armonización jurídica (como forma de alcanzar un nivel mínimo y necesario de homogeneidad entre las partes), ya sea a través de la aproximación de las leyes de los estados parte o por medio de la creación de ordenamientos obligatorios por parte de órganos supranacionales.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Sidney Weintraub, *A marriage of convenience: Relations between Mexico and the United States*, cit. por Alejandro Chanona, *Op. cit.* , p. 45.

<sup>16</sup> Vid. Héctor Fix Fierro y Sergio López Ayllón, "El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la globalización del derecho", en Jorge Witker (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte: análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, T. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1993, p. 22.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 23.

#### 1.2.4. La globalización

De acuerdo con Eliezer Morales Aragón, se define la globalización "como un sistema productivo de rango mundial integrado por distintos niveles diferenciados por la intensidad, formados por un complejo de fases y procesos técnicos transnacionalizados, capitaneados por gigantescos entes integrados en lo productivo y orientados a la satisfacción de necesidades de rango mundial..."<sup>18</sup> La globalización también implica un conjunto de procesos que han llevado a los movimientos de capital a ser la fuerza motriz de la economía mundial, es decir, es el proceso mediante el cual las economías nacionales reconocen la insuficiencia de los recursos internos para crecer e intentan atraer el capital extranjero, lo que implica un aumento de la competencia entre empresas nacionales y extranjeras, una reorganización de las corporaciones industriales, todo ello debido al cambio en la dinámica de una economía nacional hacia un mercado mundial más competitivo.<sup>19</sup>

La economía mundial ha dejado de ser un agregado de economías nacionales para convertirse en una sólo, constituida por las interrelaciones que conforman un sistema o una red industrial, comercial, financiera y tecnológica. La globalización implica la integración de las economías domésticas a la economía mundial mediante la desregulación, la eliminación de obstáculos, la mayor liberalización de los movimientos de mercancías y capitales, la apertura hacia el comercio y las inversiones extranjeras.

El proceso de globalización es posible por la existencia de una "sociedad mundial", o sea, por la posibilidad de interacción a escala global frente a un objetivo común. Tal proceso puede llevar, en un primer momento, confrontación entre órdenes

---

<sup>18</sup> "La globalización en México", en *La nueva relación de México...*, p. 100.

<sup>19</sup> F. Peter Drucker, "La Nueva Economía Mundial", en *Los desafíos de la globalización: economía mundial y sociedades nacionales*, IEPES, México, 1990.

jurídicos y políticos distintos, pero cuya consecuencia última sería la comunicación e interpenetración entre ellos.

El proceso globalizador se enfrenta a su vez con un proceso de regionalización o formación de bloques multinacionales de comercio, conformados geoeconómicamente, tal es el caso de la conformación de la región de América del Norte conformada por Canadá, Estados Unidos y México como mecanismo de incorporación al nuevo orden mundial.

México a partir de la crisis económica de 1982 ante el agotamiento de los viejos paradigmas de crecimiento de la posguerra, la grave carga de la deuda externa, el proceso inflacionario y las continuas devaluaciones, inició una apertura a la economía internacional mediante un reajuste económico. Con Miguel de la Madrid la política comercial se abocó en favor de la liberalización comercial, promoción de las exportaciones de manufacturas --y ya no sólo del petróleo-- , además de cambios estructurales que culminaron con la adhesión de México al GATT en 1986.

Con el gobierno de Carlos Salinas de Gortari, la liberalización se hizo más profunda y extensa con la apertura de la economía, la mayor participación de la iniciativa privada, la contracción de las actividades económicas del sector público y la mayor participación del país a la dinámica de la economía mundial. El momento culminante se alcanzó con la firma del TLCAN en 1992 y el ingreso de México a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) en 1994.

### **1.2.5. Enfoques teóricos sobre la inversión extranjera**

#### **1.2.5.1. Defensa de la inversión extranjera**

Según este enfoque, las empresas nacionales y extranjeras, si se permite que funcionen en condiciones competitivas de mercado, se hace posible a los países en vías

de desarrollo tener las mejores perspectivas para acelerar el crecimiento económico nacional. De esta forma la inversión extranjera directa ayudaría al desarrollo mediante la atracción al país huésped de capital barato, avances tecnológicos, alta calidad empresarial y un mayor conocimiento de los mercados extranjeros.<sup>20</sup>

Debido a los continuos obstáculos en el comercio, migración y flujos de capital, la inversión extranjera lleva los estándares de vida de los países desarrollados a los subdesarrollados por medio de las empresas transnacionales. De la misma forma puede servir como una vía para el crecimiento de las exportaciones por parte de los países en desarrollo, el dinamismo de las empresas locales, por medio de una mayor eficiencia y en virtud de un mejor entrenamiento gerencial y de mano de obra.

#### **1.2.5.2. El enfoque de la escuela de la dependencia**

Tal corriente afirma que las compañías transnacionales monopolizan el capital de los países receptores de la inversión para sus propios proyectos, más que ofrecer nuevos y verdaderos recursos, utilizan tecnologías inapropiadas u obsoletas en respuesta a las relaciones capital - trabajo y desplazan a los productores domésticos fuera del mercado en la lucha por la competencia. Ante esto, permite una dominación externa en los sectores clave de la economía, la formación de una elite laboral pequeña, el incremento del desempleo y la captación de altas ganancias para ser transferida a las matrices corporativas en los países centrales. Enrique Cardozo y Enzo Faletto opinan que varios países latinoamericanos realizaron una industrialización parcial por medio de la captación de capital extranjero, pero "a expensas de la autonomía del sistema económico nacional y de las políticas de desarrollo"<sup>21</sup>. De esta forma, el costo de los patrones de

---

<sup>20</sup> Harry Johnson, "Economic Benefits", en *Nationalism and the Multinational Enterprise; legal, Economic and Managerial Aspects*, The Netherlands, 1977, p. 72.

<sup>21</sup> *Dependencia y desarrollo ee latinoamérica*, Universidad de California, Berkeley, 1979.

desarrollo ha ido a la par de la concentración del ingreso en pocas manos, consumo de bienes duraderos de lujo, deuda externa y pobreza.

La escuela dependiente rechaza los beneficios derivados de la participación de los países en desarrollo en la economía internacional. La dependencia determina las condiciones de existencia y funcionamiento del sistema económico y político internacional mostrando sus vinculaciones externas así como la orientación en función de intereses externos. Así vemos como países como México tienen una función dependiente de países que como Estados Unidos son centrales en el contexto del mercado mundial.

### 1.2.5.3. El enfoque de la negociación<sup>22</sup>

De acuerdo con esta escuela, la distribución de ganancias surge de las negociaciones entre las firmas extranjeras y los países anfitriones. La negociación entre multinacionales y países receptores de la inversión favorece en un principio a los primeros, aunque como resultado de la negociación de los términos y condiciones sobre la relación mutua, el balance de los beneficios se inclina a favor de los últimos.

La perspectiva de la negociación concluye que los países en desarrollo pueden aprender cómo obtener mejores beneficios de las empresas transnacionales, por lo que se deberían establecer políticas y marcos jurídicos en los países huéspedes para estimular y permitir la inversión extranjera, de la misma manera que crear las instituciones nacionales pertinentes para enmarcar la participación en los beneficios resultantes para los países anfitriones.

---

<sup>22</sup> Vid. H. Theodore Moran, *Investing in Development: New rules for Private Transaction books*, citado por Mauricio Rossell, *La modernización nacional y la inversión extranjera: un enfoque jurídico-económico*, Joaquín Porrúa, México, 1991, p. 48.

Esta escuela considera que existe un distanciamiento acentuado entre los países receptores y las compañías extranjeras, por lo que los primeros deberían buscar, con mejores rendimientos para ellos mismos, mayores beneficios para las empresas transnacionales.

#### 1.2.5.4. El enfoque estructural<sup>23</sup>

Tal corriente afirma que los países en desarrollo pueden tener una disminución en el control de las empresas multinacionales, fundamentalmente en las de alta tecnología de manufacturas.

Las características estructurales de los oligopolios o *trusts* internacionales y las élites en los países en desarrollo, pueden interrelacionarse de manera tal que se reduce el poder de los gobiernos receptores y debido a que las empresas extranjeras quedan integradas a la economía local.

De este modo, el análisis estructural pone a la luz los efectos negativos de las empresas extranjeras en las economías de los países no desarrollados. Esta escuela ha estado en vinculación estrecha con el enfoque de la dependencia, se enfatizan los límites que los países anfitriones mantienen para reducir su dependencia del capital extranjero, y se da un más amplio análisis para comprender la ausencia de una distribución equitativa de las ganancias de las empresas extranjeras en las sociedades de los países en vías de desarrollo.

---

<sup>23</sup> *Ibidem.*

### 1.2.6. Derecho interno vs derecho internacional

El tema de las inversiones extranjeras conlleva una interacción de normas aplicables a las mismas, pues han sido objeto tanto de regulación nacional como internacional. Cada vez más en los diversos campos jurídicos, la generación del derecho doméstico es inseparable del plano internacional.

Como quedó apuntado más arriba, en las últimas décadas se ha desarrollado una globalización e internacionalización de las economías nacionales. El margen de decisión de los gobiernos y las empresas transnacionales está cada día más condicionado por la normatividad internacional.

Dice Martínez Ruíz que tanto la doctrina de los internacionalistas como la práctica de los tribunales nacionales e internacionales han considerado el problema de las relaciones jerárquicas entre las reglas del derecho internacional y las de los derechos nacionales.<sup>24</sup>

Las diferentes teorías que tratan de explicar las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno, según Seara Vázquez, se pueden clasificar en dos grupos principales: "a) las teorías dualistas, para las que ambos sistemas jurídicos son independientes y separados y, b) las teorías monistas, que afirman que el Derecho internacional y el Derecho interno, forman un sólo sistema jurídico, y que adopta dos modalidades, defendiendo una de ellas la supremacía del Derecho internacional sobre el interno, y consagrando la otra la superioridad del Derecho interno".<sup>25</sup>

Dentro de las teorías dualistas Triepel mantenía que los sistemas internacional y nacional eran opuestos tanto en las relaciones sociales que rigen como en las fuentes

---

<sup>24</sup> "La fuerza obligatoria de los tratados internacionales en el orden jurídico interno", en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 22, 1969, pp. 79-100.

<sup>25</sup> *Derecho Internacional Público*, Porrúa, México, 1991, pp. 44-45.

jurídicas. De esta manera: el Derecho interno será el conjunto de normas jurídicas establecidas en el seno de una comunidad y destinadas a reglamentar las relaciones entre sujetos que se encuentran sometidos al legislador; en tanto que el derecho internacional exclusivamente deberá regular las relaciones entre Estados iguales. Además, en el Derecho interno la voluntad del Estado es la única fuente jurídica, mientras que en el internacional será la de varios Estados. Anzilotti por su parte pensaba que no existían normas internacionales emanadas de normas internas o viceversa, ni unas eran obligatorias sobre las otras, por lo cual no podía haber conflicto entre Derecho internacional e interno.<sup>26</sup>

Las teorías monistas tienen dos vertientes como se indicó:

a) Supremacía del Derecho internacional: Kelsen, su principal representante, afirma que Derecho internacional e interno son dos partes del sistema general único; afirma que el Estado es el "punto final de imputación", al que deben atribuirse los actos de los órganos del Estado, éste a su vez obtiene la cualidad de persona por efecto de las normas jurídicas. Es por ello que "el Derecho interno, con aplicación dentro del dominio de la competencia del Estado, se encuentre subordinado al Derecho internacional, que es el que fija los límites de esa competencia del Estado".<sup>27</sup> El orden jurídico universal determina "los ámbitos territorial, personal y temporal de validez de los nacionales, haciendo así posible la coexistencia de una multitud de Estados"<sup>28</sup>, con lo cual se evita las distintas materias sean arbitrariamente reguladas por cada Estado, permitir la supremacía del orden nacional sería imperialismo, mientras que permitir la del orden internacional sería la paz.

---

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>28</sup> Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y el estado*, UNAM, México, 1969, p. 422.

b) Supremacía del derecho interno: esta posición, llamada también teoría de la autolimitación, implica que únicamente la voluntad del Estado basta para crear Derecho internacional, lo que nos llevaría a considerar este último como "una especie de Derecho estatal exterior".<sup>29</sup>

La supremacía normativa del derecho internacional sobre los derechos nacionales ha sido constantemente manifestada en los tribunales internacionales en varios casos.<sup>30</sup> En cambio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, ha establecido lo contrario.<sup>31</sup>

La práctica internacional demuestra que un Estado no puede ordenar su sistema jurídico interno sin considerar y respetar las normas jurídicas internacionales, con lo cual se establecen limitaciones internacionales a la actuación del Estado en el orden interno.

Las normas internacionales que deben tomarse en cuenta para la interpretación jurídica de una inversión internacional, se pueden encontrar en tratados bilaterales o multilaterales, regionales y universales. Históricamente ha sido difícil para los gobiernos el celebrar tratados de inversión. Las diferencias entre el desarrollo económico de

---

<sup>29</sup> Modesto Seara Vázquez, *Derecho internacional...*, p. 46.

<sup>30</sup> En este sentido dice Luis Miguel Díaz González: "En el dictamen de las comunidades greco - búlgaras, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) declaró que 'es un principio generalmente reconocido del derecho de gentes que, en las relaciones entre las Potencias, contratantes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre las del tratado'." Más adelante el mismo autor destaca que en el caso de los nacionales polacos en Danzig, la Corte declaró que: "...un Estado no puede invocar frente a otro su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le impone el derecho internacional o los tratados en vigor." En el caso sobre el intercambio de poblaciones griegas y turcas la CPJI expresó que: "Un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos adquiridos". *Globalización de las inversiones extranjeras: Nuevos aspectos jurídicos*, Themis, México, 1989, pp. 15-16.

<sup>31</sup> Luis Miguel Díaz, *Op. cit.*, p. 17. Dice que interpretando el artículo 133 de la Constitución que determina las jerarquías de las normas jurídicas en México la SCJN ha establecido que: "Todo tratado o convenio celebrado por el Presidente de la República, así está aprobado por el Senado, pero que contradiga los preceptos de la Constitución, en puntos o actos en que esto acontezca, no debe tener eficacia jurídica".

algunos países determina que los intereses de unos y otros en una misma inversión puedan ser contrarios, es difícil la reciprocidad puesto que mientras que algunos países se caracterizan como exportadores de capital, otros como receptores del mismo.

Los esfuerzos por establecer reglas internacionales ampliamente aceptadas relativas al tratamiento de extranjeros y sus inversiones, han sido elementos importantes de la política internacional de Estados Unidos durante la mayor parte del siglo veinte.

Al contrario, hasta hace poco México se había mantenido al margen en la celebración de tratados de inversión por razones de carácter constitucional y legal que han dificultado sus compromisos internacionales en la materia, especialmente por la llamada "Cláusula Calvo".<sup>32</sup>

Existen tratados multilaterales que permiten uniformar las legislaciones nacionales en materias que inciden en el campo de las inversiones internacionales. Sin embargo, las normas internas o nacionales del país inversionista y las del país donde se planea invertir, han sido muchas veces las más importantes en la práctica para la interpretación jurídica de una inversión extranjera.

A pesar de todo, cada vez se deriva más de diferentes leyes, tratados y políticas la unión de las dos posiciones extremas en relación con las inversiones extranjeras, por un lado la de los países inversionistas y por otro la de los receptores, siendo generalmente los primeros los países industrializados y los segundos los subdesarrollados.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Vid Capítulo 2 del presente trabajo.

<sup>33</sup> En este sentido las regulaciones internas en materia de inversión reflejan dos posturas distintas. Para una la intervención amplia del gobierno es necesaria a fin de regular la inversión foránea, lo cual representa una actitud paternalista mediante la cual los nacionales del país disfrutan de preferencia sobre los extranjeros, los cuales se encuentran sujetos a un régimen especial. Para la otra la inversión extranjera responde a las fuerzas del mercado que conducen a una mayor eficiencia de la producción, contribuye a los países al ahorro interno, trayendo recursos del extranjero, creando empleos y mayor competitividad de los productos nacionales en el extranjero debido a la transferencia y desarrollo de tecnologías de punta, para ello los extranjeros son tratados como nacionales y la intervención del Estado es mínima. México es un ejemplo de este cambio de posturas que de una actitud tradicional nacionalista y proteccionista culminaron en las negociaciones del TLCAN en materia de inversión.

Pero hoy todos los países están compitiendo por atraer recursos internacionales a sus economías nacionales, pasando en un segundo plano las posturas ideológicas. Por lo cual, si existe una correlación entre la economía y el orden jurídico, en la medida en que corresponde al derecho institucionalizar y normar el modelo económico, si éste cambia, también el derecho debe modificarse. Es decir, el orden jurídico también requiere una apertura, la capacidad de establecer y adecuarse a una relación con un orden externo.

## CAPÍTULO 2

### LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN MÉXICO

#### 2.1. Consideraciones generales

Uno de los factores que determina el ingreso de capitales foráneos a cualquier economía es la política y la legislación que al respecto establecen las naciones receptoras, las cuales pueden tomarse en una serie de medidas restrictivas o, en cambio, en lineamientos que conviertan atractiva una nación por su flexibilidad en la materia tales como mayores porcentajes de inversión permitidos, inserción en ramas estratégicas, libre flujo en la retorno de utilidades y agilización de trámites, entre otros aspectos.

En el caso mexicano, el marco jurídico de la inversión extranjera directa (IED) ha evolucionado con el paso del tiempo, de acuerdo con la posición del Estado en relación con el ingreso de capitales externos y la adecuación de las normas y lineamientos al cambiante entorno mundial.

Las inversiones extranjeras en México constituyen un tema fundamental en las relaciones con Estados Unidos ya que han sido motivo de intervenciones, de tensiones y de una relación difícil. Ante ello, México fue conformando una actitud defensiva ante el capital extranjero, a la vez que una regulación jurídica para frenar los efectos provocados por los excesivos beneficios del mismo, pues a pesar de todo se ha demostrado la necesidad de alentar los flujos de capital para incentivar la economía.

Desde el siglo pasado nuestro país tuvo que pagar un alto precio para preservar su independencia política y económica. Si bien la IED ha sido fundamental para el

desarrollo, se tuvieron que afrontar diversos intereses en un plano de desigualdad, debido a los embates de las grandes potencias que quedarían plasmados en convenios de reclamaciones que se alejaron muchas veces del derecho y la igualdad.

La historia de la IED en México, así como su regulación jurídica es un problema crucial que tiene varias etapas, inició con el régimen aplicable a los extranjeros que vivían en nuestro país, para luego seguir con el control del Estado sobre nuestros recursos naturales. Esto último en virtud de las constantes interferencias, reclamaciones y despojos surgidos por causa de la actitud de los extranjeros, quienes pedían la protección de sus respectivos países para asegurar sus inversiones y propiedades en nuestro país. De ahí el énfasis de la mayoría de los gobiernos nacionales latinoamericanos a la Cláusula Calvo y el apego a los principios de respeto a la soberanía nacional.

Desde la Independencia hasta fines de la República Restaurada en el siglo XIX, la IED se enfocó fundamentalmente a la minería, y hacia mediados del siglo pasado al comercio y la agricultura de exportación. Sin embargo, en los primeros años como país independiente, México vivió el llamado "período de la anarquía", caracterizado por la gran inestabilidad política y social, además del estancamiento económico que no permitieron crear un marco adecuado para que la inversión extranjera fluyera al país. Aunque con cierta desconfianza, los europeos en un principio y más tarde los estadounidenses empezaron a invertir, básicamente en la explotación de recursos naturales.

Al permitirse la mayor entrada de capital extranjero en el último cuarto del siglo XIX, la IED (que cabría considerarlas en su momento como verdaderos enclaves) se dedicó a las actividades acordes con los intereses de los grandes centros industriales

exportadores de capital y a los consumidores de las materias primas originarias de las periferias.

Aunque es verdad que durante el Porfiriato --dice Miguel S. Wionczek-- las actividades económicas extranjeras tuvieron un gran impacto en el desarrollo general de México "mediante su efecto sobre la capacidad de importación, los ingresos fiscales, el empleo, la disponibilidad de la infraestructura para el comercio interno y para la provisión de ciertos insumos... para el naciente sector industrial y comercial nacional"<sup>1</sup> , se tuvo que pagar un alto costo político por tales beneficios económicos que surgieron del flujo de las inversiones extranjeras.

La ideología predominante del Porfiriato se concentraba más en el progreso económico que en fórmulas políticas. Se debía garantizar la paz y el orden, el desarrollo material debía lograrse por medio de la empresa privada y la inversión extranjera, por lo cual el gobierno se dedicó a promover y proteger a esta última, aunque no a planificarla.<sup>2</sup>

Era el período de la invasión económica estadounidense, origen de la mayoría de los conflictos internacionales que tuvo que enfrentar México durante la etapa revolucionaria de lucha armada y hasta el inicio de la década de los cuarenta. El capital extranjero acaparaba los sectores tradicionales de la economía del país. Por lo que afirma Wionczek " a pesar de que la Constitución de 1917 creó un nuevo marco legal e institucional para las relaciones políticas y económicas de México con el mundo externo, el cambio básico en las relaciones entre el México posrevolucionario y la inversión extranjera privada tardó más de un cuarto de siglo después de la caída de Porfirio Díaz.

---

<sup>1</sup> *El nacionalismo mexicano y la inversión extranjera*, Siglo XXI, México, 1967, p. 5.

<sup>2</sup> Para una visión más exhaustiva sobre la inversión extranjera y la situación económica en general en este período consultar en la obra dirigida por Daniel Cosío Villegas, *Historia moderna de México* los apartados correspondientes a *El porfiriato-la vida económica*, Hermes, México - Buenos Aires, 1965.

Consecuentemente, el período entre las dos guerras mundiales que coincidió con una lenta y bastante desorganizada construcción del México moderno abundó en conflictos severos entre la sociedad mexicana y los intereses extranjeros".<sup>3</sup>

En el período posrevolucionario, la IED se contrajo fuertemente a raíz del conflicto armado y la nueva ideología de corte nacionalista emanada de la Revolución. El Estado mexicano no podía permitir que los intereses privados extranjeros se rigieran por sus propias leyes y reglas del juego, que habían obtenido antes de 1910. Considerando que el país estaba debilitado y mantenía una enorme dependencia del exterior, se orientaron los esfuerzos para recuperar los sectores prioritarios controlados por la inversión extranjera, poco a poco se fue obteniendo el control de la economía nacional a través de ordenamientos tales como el artículo 27 de la Constitución de 1917. Se eliminaron sucesivamente los enclaves extranjeros en la agricultura, la infraestructura (los ferrocarriles), el petróleo, el sector bancario, la energía eléctrica y la minería, sectores fundamentales para emprender la industrialización del país.

Hacia la década de años veinte la IED en México era modesta debida sobre todo a la inaplicabilidad de las disposiciones constitucionales en la materia y a la celebración de acuerdos como los Convenios de Bucareli, entre otras circunstancias. No obstante, luego de la Expropiación Petrolera en 1938, se sufrió una fuga de capitales ante la política mexicanizante y nacionalista emprendida durante el gobierno cardenista.

Durante las décadas siguientes, los diferentes gobiernos se encargarían de expedir leyes, reglamentos, decretos para regular y restringir la inversión extranjera, dispersos en un sinnúmero de instrumentos jurídicos. Lo anterior llevaría al surgimiento de la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera en 1973. Comenzaba la etapa *regulatoria* que sometería la IED "a reglas fijas para tratar

---

<sup>3</sup> *Vid supra*, p.6.

de adecuarla de forma global al desarrollo económico y social del país y tratar de prever en una ley la mayoría de hipótesis posibles".<sup>4</sup>

Sin embargo, en un mundo cada vez más interdependiente, la crisis económica internacional de principio de la década de los ochenta influyó en nuestro país. Las actitudes defensivas frente a la IE que adoptaron los países subdesarrollados durante la década de los setenta, fueron cediendo paso a una apertura que se expresó en mecanismos de política económica con el fin de atraer IED, dentro de este proceso el fenómeno de *desregulación* es un punto esencial en esta competencia por allegarse capital externo.

Frente a las diferentes acciones del Gobierno mexicano, la actitud de los inversionistas extranjeros también se fue transformando, pues ya no implicó enfrentamientos directos ni solicitó intervenciones armadas. Comenzaba la etapa *liberal* "producto de una experiencia de 15 años de aplicar la Ley y de seis años de crisis económica".<sup>5</sup> Se expidió en 1989 el Reglamento de la Ley de 73 con lo que se inició una *desregulación*, pues un Reglamento no puede rebasar la Ley que regula y en este caso así sucedió. A pesar de ello, el Reglamento se caracterizó por una mayor flexibilidad hacia la IED, menores obstáculos administrativos a la misma respondiendo a la mayor participación de México en los mercados internacionales, especialmente en Norteamérica, que implicarían una mayor liberalización de la IE necesaria para el desarrollo del país.

Esta última etapa culminaría con la expedición de la nueva Ley de Inversión Extranjera en 1993 que implicó una modificación a la vez que adecuación con los compromisos que representaba la apertura de nuestro país a los mercados internacionales y en especial la firma y entrada en vigor del TLCAN.

---

<sup>4</sup> Leonel Péreznieto Castro, *Derecho internacional privado*, Harla, México, 1992, p. 120.

<sup>5</sup> *Idem*.

## 2.2. Antecedentes históricos

### 2.2.1. Período colonial

Durante esta etapa la Corona española impulsó varias actividades productivas en la Nueva España, tal como la minería, sin embargo, estableció varios monopolios para la producción de artículos como el tabaco, la seda, el olivo, etc., con lo cual se limitó el desarrollo de actividades económicas clave.

Hubo una descapitalización del país en este período, pues fluyeron más recursos al exterior (fundamentalmente metales preciosos como oro y plata), que las inversiones procedentes de España.

Se prohibió durante los primeros años de dominación que los extranjeros adquirieran bienes en los territorios conquistados. Se dictaron diversas disposiciones jurídicas que aseguraban las posesiones y reinos españoles y excluían a los extranjeros, tal como se establecía en las Leyes de Partida y en el Fuero Real. En 1660, se expidió el Código de Indias, que recopiló las diversas cédulas, provisiones, ordenanzas, entre otras disposiciones normativas que habían sido emitidas por la metrópoli.<sup>6</sup>

La Novísima Recopilación, como posteriormente también la Recopilación de Indias, permitieron que tanto españoles como súbditos de otros reinos pudieran adquirir propiedades en la Nueva España, mediante la obtención de una licencia real concedida por la Corona.

---

<sup>6</sup> Fernando Pescador Castañeda, "Breves antecedentes históricos sobre las inversiones extranjeras directas", en *Inversiones extranjeras privadas en México*, coord. Héctor Vázquez Tercero, Comité Bilateral de Negocios México - Estados Unidos, Sección Mexicana, México, 1971, pp.70-71.

### 2.2.2. La Independencia

Desde su creación como nación independiente en 1810 hasta la dictadura de Porfirio Díaz, México se vio envuelto en varias revoluciones y guerras fratricidas, primero entre federalistas y centralistas, luego debió enfrentar intervenciones derivadas de ambiciones de las grandes potencias, especialmente de Estados Unidos. La ausencia de estabilidad política y económica impidió el desarrollo, y la consolidación de reformas y programas fueron imposibles.

Aunado a lo anterior, a pesar la amplia gama de recursos de nuestro país, la mala comunicación así como la falta de infraestructura, de capital y la ausencia de seguridad jurídica impidieron un flujo importante de inversión foránea.

Las primeras inversiones extranjeras durante este lapso procedieron de inversionistas europeos, fundamentalmente ingleses, quienes se dedicaron especialmente a la minería y el comercio, aunque después, comenzaron a llegar en menor medida capitales de Estados Unidos.

Con la consumación de la independencia en 1821, de acuerdo con el derecho internacional, los derechos del Imperio español pasaron a ser de la Nación Mexicana. Mediante los decretos del 16 de mayo y del 7 de octubre de 1823, se incorporó la posibilidad a los extranjeros de adquirir la nacionalidad mexicana, lo que les garantizó el poder obtener bienes en el país.<sup>7</sup>

El Decreto de 18 de agosto de 1824, sobre colonización, otorgó concesiones para la adquisición de propiedades muebles y bienes raíces en el territorio nacional, además

---

<sup>7</sup> Luis Miguel Díaz González Rubio, *Globalización de las inversiones extranjeras: Nuevos aspectos jurídicos*, Themis, México, 1989, p.76.

se determinó por primera vez que los extranjeros no podrían obtener el dominio directo de bienes raíces en una faja de 20 leguas en las fronteras y 10 en las costas.<sup>8</sup>

No obstante, en 1836 el Decreto de las Siete Leyes Constitucionales, reflejo de las ideas conservadoras, impuso restricciones a los extranjeros, tales como la prohibición de adquirir bienes inmuebles si no estaban naturalizados o casados con mujer mexicana.

Dice Luis Miguel Díaz: "El Decreto de 11 de marzo de 1842, fue el que introdujo la restricción para el extranjero de acudir a su gobierno, o de hacer valer derechos de extranjería en relación con los bienes que obtuviera. Ordenó que los extranjeros podían adquirir y poseer propiedades urbanas y rústicas con sólo el requisito de la vecindad. Permitió la adquisición de propiedades en las zonas limítrofes, previa licencia del Gobierno Nacional".<sup>9</sup> Se aprecia que estas disposiciones jurídicas son el germen de lo que más tarde constituirá la Cláusula Calvo.

Estas limitaciones se suprimieron por las Bases Orgánicas del 12 de julio de 1843, pues en el artículo 10 determinaron que los extranjeros gozarán de los derechos que les concedan las leyes y los respectivos tratados. "Empero, por la ley del general Santa Anna de 23 de septiembre del mismo año, se prohibió a los extranjeros en todo el territorio mexicano el comercio al menudeo. El primer cuerpo legal que en forma sistematizada reguló la entrada de extranjeros lo constituyó la Ley de Extranjería y Nacionalidad de 30 de enero de 1854, promulgada por Santa Anna".<sup>10</sup>

Ante el triunfo de los liberales, se estableció en el artículo 30 de la Constitución de 1857 que "los extranjeros que adquieran bienes en la República o tengan hijos mexicanos, siempre que no manifiesten la resolución de conservar su nacionalidad", son

---

<sup>8</sup> *Idem.*

<sup>9</sup> *Idem.*

<sup>10</sup> Alberto Guillermo Ortiz Nava, *Evolución y proyecciones legales de las inversiones extranjeras en México*, Tesis Profesional, Facultad de Derecho, UNAM, México, 1966, pp. 19-20.

mexicanos. Además determinó, en el artículo 33, que los extranjeros "tienen obligación de contribuir para los gastos públicos, de la manera que dispongan las leyes, y de obedecer y respetar las instituciones, leyes y autoridades del país, sujetándose a los fallos y sentencias de los tribunales sin poder intentar otros recursos que los que las leyes conceden a los mexicanos."<sup>11</sup> Con ello se reafirman los postulados de Carlos Calvo en relación con la propiedad de extranjeros y el sometimiento a la legislación nacional para resolver los problemas derivados de la misma, así como la imposibilidad de recurrir a la protección diplomática o los reclamos de sus respectivos gobiernos. Esto fue fundamental pues el país había sufrido la pérdida de más de la mitad su territorio ante Estados Unidos, y la protección de los intereses de ciudadanos extranjeros había sido un pretexto central para justificar intervenciones e invasiones.

Durante el Imperio de Maximiliano (1864-1867), se promulgó el llamado Estatuto Provisional del Imperio Mexicano el 10 de abril de 1865, el cual en sus artículos 58 y 59 garantiza la igualdad de todos los habitantes del Imperio, además el artículo 53 establece que los extranjeros que adquieran en el Imperio, propiedad territorial de cualquier género, por el sólo hecho de adquirirla son mexicanos.<sup>12</sup>

Durante toda esta etapa los inversionistas extranjeros manifestaron su desconfianza para invertir en la reciente Nación ante la inestabilidad social (guerras intestinas, motines), política (más de 30 presidentes tuvieron en sus manos el poder durante los primeros 50 años de independencia) y jurídica (modificaciones constantes en las leyes fundamentales, ordenamientos y legislaciones que cambiaban de acuerdo a los gobiernos en el poder, fueran liberales, conservadores o moderados).

---

<sup>11</sup> Felipe Tena Ramírez, *Leyes Fundamentales de México 1808-1991*, Porrúa, México, 1991, pp. 611-612.

<sup>12</sup> *Ibidem.*, pp. 677-678.

### 2.2.3. La Reforma y el liberalismo de Juárez

Con la llegada de Benito Juárez a la Presidencia (1858-1872) se inició una reestructuración de la vida nacional, se realiza el deslinde de terrenos baldíos que se entregan a compañías extranjeras, fomento a la colonización, se expiden reglas para otorgar concesiones en la construcción de ferrocarriles y la extensión de líneas telegráficas, se decreta las leyes de desamortización de los bienes de manos muertas y, en general, se sientan las bases para el desarrollo moderno de México.<sup>13</sup>

Fue durante el gobierno de Juárez donde se delinearon las bases del Porfiriato y donde se estableció la manera en que entraría el capital extranjero a México. Pero se hizo énfasis, aunque fuera sólo formalmente, en la soberanía, la defensa de las instituciones y la autodeterminación nacionales.

### 2.2.4. El Porfiriato

Esta etapa de la vida de nuestro país, de acuerdo con Alvarez Soberanis, se caracteriza por: "el establecimiento de la paz social, que permite un incipiente desarrollo económico, el apogeo de las doctrinas positivistas (cuyo lema es el de 'Orden y progreso') que, entre otros efectos, establece un sustento de desarrollo científico y tecnológico y aun cuando predomina la inequidad social, se logra que crezcan la inversión nacional y la extranjera."<sup>14</sup>

A lo largo de su régimen Díaz promulgó leyes, decretos, reglamentos y otras disposiciones jurídicas para impulsar las actividades económicas del país. Ante la escasez de capital, falta de infraestructura y de una adecuada comunicación se decidió atraer inversión extranjera, pero de manera diversificada, tanto europea como

---

<sup>13</sup> Jesús Silva Herzog, *El pensamiento económico, político y social de México 1810-1864*, Instituto Mexicano de Investigaciones Económicas, México, 1967, pp.188-190.

<sup>14</sup> *El régimen jurídico y la política en materia de inversiones extranjeras en México*, Themis, México, 1990, p. 53.

estadounidense, para balancear y contraponer intereses de ambas potencias y obtener mejores ventajas para México.

La inversiones extranjeras se enfocaron fundamentalmente en los ferrocarriles, minería y bancos. Siendo a finales de siglo Estados Unidos el principal inversionista.

A raíz de la pésima organización y baja productividad del sector minero, Díaz "convocó a las principales autoridades y empresarios a que expresaran sus opiniones en vísperas de darse el Código Minero de 1884. De estas conferencias salió en primer lugar, la Sociedad Mexicana de Minería..., se crearon más tarde cámaras mineras para representar empresarios y trabajadores."<sup>15</sup>

Un problema fundamental en este sector fue la actitud de los inversionistas extranjeros de demandar derechos que la legislación mexicana otorgaba a los nacionales. Mediante la Ley Minera del 6 de junio de 1887 se otorgaban facultades al Ejecutivo Federal para celebrar contratos y ampliar las concesiones a los inversionistas, con lo cual aumentaron las solicitudes para explotar yacimientos y en menos de un año se crearon 859 nuevas empresas mineras.<sup>16</sup>

Estados Unidos concentró la mayoría de las inversiones en este sector con más de 70% del total, fundamentalmente en los ramos de plata y oro.

Los ferrocarriles fueron la industria más productiva e importante durante el período de Díaz, pues mediante ella los sectores de la agricultura, la minería y el comercio lograrían su expansión y consolidación. Se ha considerado que la inversión extranjera llegó en esta etapa a 1130 millones de pesos, de los cuales Estados Unidos concentraba alrededor de 47% del total. Además para fines del siglo se habían

---

<sup>15</sup> Guadalupe Nava Oteo, "La minería, en *Historia moderna de México: El Porfiriato, vida económica*, p. 258.

<sup>16</sup> Fernando Pescador Castañeda, *Op. cit.*, p. 80.

construido más de 12, 800 kilómetros de vías férreas, fundamentalmente, con participación norteamericana y, en segundo plano, inglesa.<sup>17</sup>

Según Luis Miguel Díaz: "Las leyes posteriores de baldíos de 1894, de ferrocarriles de 1899, de minería de 1909, y de aguas de 1910, continuaron sancionando el criterio precedente de limitar el derecho a acudir a la protección diplomática de los extranjeros y la restricción a las propiedades raíces en fronteras terrestres y marinas..."<sup>18</sup>

Al iniciar el presente siglo, el gobierno empezó a convertirse en el principal accionista de las empresas ferrocarrileras, lo cual culminó con la firma de un convenio en 1908 entre el Secretario de Hacienda Limantour y los líderes de las empresas ferrocarrileras más importantes y dio origen a la Compañía de Ferrocarriles Nacionales de México, que fusionó varias concesiones otorgadas a extranjeros, se inició con ello un proceso de mexicanización en este sector.<sup>19</sup>

En síntesis, durante este período la inversión extranjera desempeñó un papel fundamental, pues concentró en sus manos las industrias clave de la economía nacional, y se concentró esencialmente en la explotación de los recursos naturales. Sin embargo surgió un sentimiento antinorteamericano pues se pensaba, por una parte, que el gobierno de Porfirio Díaz estaba entregando los recursos de nuestro país a los extranjeros y, por otra, que todos los puestos importantes, tanto técnicos como administrativos, de esas compañías estaban a cargo de extranjeros. Diferente punto de vista tienen otros estudiosos, quienes dicen que Díaz sí defendió los intereses nacionales frente a los extranjeros.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Lorenzo Meyer y Josefina Vázquez, *México frente a Estados Unidos: un ensayo histórico, 1776-1980*, El Colegio de México, México, 1982, pp. 100, 109 y 110. Vid., Jaime Alvarez Soberanis, *Op. cit.*, p. 53.

<sup>18</sup> *Op. cit.*, p. 78.

<sup>19</sup> Fernando Pescador Castañeda, *Op. cit.*, p. 83.

<sup>20</sup> *Cfr.*, Daniel Cosío Villegas, *Op. cit.*, con Lorenzo Meyer, et. al., *Op. cit.*

### 2.2.5. La Revolución Mexicana

La Revolución mexicana representó un cambio fundamental en todas las estructuras sociales, jurídicas y políticas del país, se cambió el sistema del Porfiriato basado en el latifundismo y el fomento excesivo a la inversión extranjera, por un orden democrático, popular, agrarista y nacionalista.

El movimiento revolucionario destruyó el sistema regulatorio anterior y alcanzó su consolidación con la Constitución de 1917, así como las disposiciones jurídicas que de ella surgieron.

El nacionalismo es una de las características más importantes emanadas de la revolución, pues es una reacción ante los intereses extranjeros, que se consideran como una amenaza frente a los intereses nacionales, afirma David Brading que: "Implica la búsqueda de una autodefinición, una búsqueda que tiende a ahondar en el pasado nacional en pos de enseñanzas e inspiración que sean una guía para el presente".<sup>21</sup> Este nuevo nacionalismo conforma una identidad nacional frente a lo ajeno y se logra por primera vez el afianzamiento de un proyecto socioeconómico y político propio, reflejado también en las disposiciones jurídicas.

Las inversiones extranjeras irrumpieron su rápido crecimiento a lo largo de la revolución. La Constitución de 1917, por medio de su artículo 27 afectó directamente los intereses de los inversionistas extranjeros en favor de los intereses nacionales, retomaba el concepto tradicional que se había incorporado a nuestra legislación desde 1783 en las "Reales Ordenanzas para la Minería", de la Nueva España que estipulaban que los derechos sobre el subsuelo pertenecen originariamente a la Nación, con lo que se impusieron prohibiciones a los extranjeros en relación con la propiedad directa de los

---

<sup>21</sup> *Los orígenes del nacionalismo mexicano*, Era, México, 1983, p. 11.

recursos naturales del país.<sup>22</sup> El mismo artículo 27 constitucional estableció que la propiedad originaria de las tierras y aguas así como de las riquezas del subsuelo corresponden a la Nación, debido a lo cual se afectó sobretodo el capital extranjero en el campo del petróleo y las minas. En este artículo además se estipula que la nación tiene el derecho de expropiar y/o fraccionar latifundios para desarrollar la pequeña propiedad agrícola, viéndose afectados con esta medida los grandes latifundios extranjeros, sólo los mexicanos o sociedades mexicanas tendrían derecho de adquirir el dominio directo de tierras y aguas u obtener concesiones para explotar minas, aunque estos derechos se podrían extender a los extranjeros siempre y cuando convinieran ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto de esos bienes y en no invocar la defensa de sus gobiernos sobre ellos, en caso de hacerlo, los perderían en favor de la Nación (Cláusula Calvo). Se prohibió también a los extranjeros adquirir dominio directo sobre tierras y aguas en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas ("zona prohibida").

En esta etapa destaca el petróleo como uno de los problemas centrales en materia de inversión extranjera. Desde el 24 de diciembre de 1901 se había expedido la primera Ley Petrolera facultando al Gobierno Federal para dar concesiones a las empresas extranjeras que desearan establecerse en el territorio nacional. Fueron sobre todo estadounidenses e ingleses quienes aprovecharon las franquicias y grandes facilidades que esta Ley les proporcionaba, tales como la expropiación a su favor de terrenos petrolíferos, importación de maquinaria y equipo sin impuestos. Además de esto trataron de obtener las mayores ventajas, mediante evasión fiscal, con el objeto de obtener más ganancias. Las compañías petroleras al darse cuenta de la actitud nacionalista de Carranza, apoyaron la rebelión de Manuel Peláez en contra de su gobierno.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Luis Miguel Díaz, *Op. cit.*, p. 39.

<sup>23</sup> Jesús Siva Herzog, *Historia de la expropiación petrolera, Cuadernos americanos*, México, 1963, pp. 24-25.

En este contexto surgió la llamada "Doctrina Carranza" de 1919, en la cual no se aceptaba que los extranjeros adquirieran una posición de predominio respecto a los nacionales. A pesar de estas restricciones, la inversión estadounidense creció y se calcula que llegó a los 900 millones de dólares en 1919. Lorenzo Meyer señala que "Las disposiciones de la nueva Constitución se mantuvieron. No se aplicaron pero tampoco se derogaron."<sup>24</sup>

A lo largo de la década de lucha armada (1910-1920) y la de los años veinte, Estados Unidos utilizó la desestabilización política, las presiones de ésta índole, económicas, amenazas militares y el reconocimiento diplomático como armas en sus relaciones con México. Para conceder el reconocimiento diplomático exigía condiciones políticas que a su juicio fueran aceptables, pero sobre todo exigía la garantía de respetar los intereses de sus nacionales en México sobre las disposiciones constitucionales que más les perjudicaban. Los tratados de Bucareli de 1923, son una muestra de como se tuvo que negociar la aplicación del artículo 27 con los norteamericanos para que le dieran reconocimiento al gobierno mexicano en turno.<sup>25</sup>

El 26 de diciembre de 1925 se dictó la Ley del Petróleo reglamentaria del artículo 27 constitucional, en la que se determinó y reafirmó el dominio directo de la Nación sobre los recursos naturales, como lo es propiamente el petróleo. Se promulgó además otra ley sobre extranjería. Ambas legislaciones, con carácter retroactivo, contravenían los acuerdos de Bucareli al establecer que las compañías petroleras tenían que cambiar sus títulos de propiedad por concesiones gubernamentales a cincuenta años, aunque esos títulos fueran anteriores a 1917. Las tierras que estuvieran en dominio de

---

<sup>24</sup> *Op. cit.*, p. 140-141.

<sup>25</sup> Se establecería, según los tratados de Bucareli una Comisión Especial de Reclamaciones que estudiaría las propiedades afectadas, así como las reclamaciones de los estadounidenses a consecuencia de la lucha revolucionaria de 1910. *Vid.*, Capítulo III del presente trabajo.

los extranjeros, dentro de la *zona prohibida*, deberían ser puestas en el mercado para que los nacionales las adquirieran.<sup>26</sup>

Las compañías petroleras reaccionaron violentamente contra estas legislaciones y no realizaron nuevas perforaciones, disminuyeron la producción y retiraron sus depósitos bancarios.<sup>27</sup> En virtud de las presiones norteamericanas, de los problemas que acarrearón y del llamado acuerdo Morrow - Calles de 1928 se cambió la legislación petrolera de 1925, se creó un régimen más favorable, las concesiones gubernamentales serían a perpetuidad para las empresas que hubieran efectuado "actos positivos" de búsqueda que fueran demostrables anteriores a 1917.

Durante todo el tiempo que las empresas extranjeras explotaron el petróleo en nuestro país, desde principios del siglo hasta 1938, la presencia del capital extranjero en México repercutió en todos los niveles de la economía, intervinieron en los negocios bancarios, en los medios de comunicación y en la toma de decisiones políticas. Durante esta etapa más de 65% de la inversión extranjera total era norteamericana.<sup>28</sup>

La década de los años treinta, comenzó con un relajamiento de los problemas con respecto a la inversión extranjera. Fue el momento en que se consolidaba la institucionalización del poder político en México a través del Partido Nacional Revolucionario (PNR).

---

<sup>26</sup> Lorenzo Meyer y Josefina Vázquez, *Op. cit.*, pp. 149 y 153.

<sup>27</sup> Fernando Pescador Castañeda, *Op. cit.*, p. 91.

<sup>28</sup> Enrique Krauze y Jean Meyer, "Las inversiones - invasiones norteamericanas", *Historia de la revolución mexicana, periodo 1924-1928. La reconstrucción económica*, T. 10. El Colegio de México, México, 1977, pp. 289-291.

### 2.2.6. Los años de expropiación

Durante el gobierno del general Lázaro Cárdenas, los intereses extranjeros se vieron afectados ante las políticas sociales y la aplicación del modelo nacional - revolucionario, así como la forma de propiedad estatal social.

Surgió un conflicto entre las empresas extranjeras y los trabajadores que terminó con las expropiaciones de tierras, la expedición de la Ley de 1936, que "permitía expropiar por caso de utilidad pública cualquier tipo de propiedad y posponer su compensación hasta por diez años"<sup>29</sup> y la Ley de Expropiación Petrolera.

En el caso del petróleo fue fundamental el papel intransigente de las compañías extranjeras antes de la expropiación. El Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana, solicitó un incremento de salarios y prestaciones, pero las empresas ofrecían muy poco. El Estado intervino como mediador y determinó que las acciones y políticas de tales empresas en México habían sido contrarias al interés nacional. Los gobiernos -- norteamericano y británico principalmente -- se mostraron renuentes al aumento, se inició un juicio ante los tribunales que finalizó con el fallo de la Suprema Corte de Justicia en contra de las empresas. El 16 de marzo las compañías aceptaron parcialmente, pero Cárdenas las sorprendió al declarar la expropiación petrolera el 18 de marzo de 1938. En ese momento, según Mario Ojeda, se alcanzó el punto más alto de afirmación de la autonomía del país frente al exterior y la inversión extranjera tuvo un gran retroceso.<sup>30</sup>

"El capital extranjero, que ya estaba intranquilo por las tendencias sociales y económicas, tales como el rápido progreso de la reforma agraria, la avanzada legislación

---

<sup>29</sup> L. Meyer y J. Vázquez, *Op. cit.*, p. 167.

<sup>30</sup> *Alcances y límites de la política exterior en México*, El Colegio de México, México, 1976, p. 27-28.

obrero y su aplicación, y la nacionalización de los ferrocarriles, se volvió excesivamente temeroso de hacer inversiones adicionales en México."<sup>31</sup>

Cabe destacar aquí la expedición de la Ley de Vías Generales de Comunicación del 19 de febrero de 1940, que sólo permitió a los mexicanos el derecho a obtener concesiones por parte del Estado para la construcción y explotación de este tipo de vías.<sup>32</sup>

Las compañías petroleras desencadenaron un boicot en contra de México, pero debido a la cercanía de la Segunda Guerra Mundial y la necesidad de cooperación para enfrentarla, aunada a la política del "Buen Vecino" seguida por Estados Unidos, las compañías petroleras fueron llamadas por el gobierno norteamericano de Roosevelt para negociar un arreglo con el gobierno mexicano.

### **2.2.7. El milagro económico mexicano y el desarrollo estabilizador**

Debido a la escasez de materias primas e insumos surgida a raíz de la conflagración mundial y la apertura de las fronteras mexicanas al capital extranjero con el inicio de la política de sustitución de importaciones, la IED creció, como dice Rogelio Ramírez De la O: "A partir de 1940 la IED cobró un nuevo ímpetu, acomodándose a los cambios registrados en la estructura productiva y a las nuevas regulaciones. Se dirigió entonces a sectores de actividad en donde los gobiernos posrevolucionarios tenían interés en contar con capital y tecnología extranjera... hay un desplazamiento de los flujos de inversión de la minería y las industrias primarias a las manufacturas."<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Sanford Most, *La revolución industrial en México*, Problemas agrícolas e industriales de México, México, 1951, p. 72. Citado por Fernando Pescador, *Op. cit.*, p. 92.

<sup>32</sup> Leonel Pereznieta Castro, *Derecho internacional privado*, Harla, México, 1991, p. 122.

<sup>33</sup> *De la improvisación al fracaso. La política de inversión extranjera en México*, Centro de Ecodesarrollo, Océano, México, 1987, p. 78. Citado por Jaime Alvarez Soberanis, *Op. cit.*, p. 64.

El gobierno del general Avila Camacho ofreció mejores condiciones a los inversionistas que ningún otro gobierno anterior, hubo un flujo importante de capitales foráneos que buscaron protegerse en el país, pero al término de la guerra regresaron a su país por lo cual en 1948 se presentó un grave desajuste de la balanza de pagos y devaluación del peso.

El 2 de junio de 1942 se publicó el Decreto por el cual se aprueba la suspensión de Garantías Individuales en México por haber declarado la guerra a Alemania, Italia y Japón.

El 29 de junio de 1944 se expidió el Decreto que establece la necesidad transitoria de obtener permiso para adquirir bienes a extranjeros, y para la constitución o modificación de sociedades mexicanas que tengan o tuvieran socios extranjeros. Este ordenamiento es uno de los más importantes en la historia de la legislación mexicana, disponía que durante el lapso por el cual estuviera vigente la suspensión de garantías individuales, los extranjeros o sociedades con participación extranjera necesitaban permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para: 1) Adquirir empresas, o el control sobre ellas, que se dediquen a cualquier actividad industrial, agrícola, ganadera, forestal, de compraventa o de explotación de bienes inmuebles. 2) Adquirir el dominio de tierras, aguas y sus accesiones contemplados en la fracción I del artículo 27 de la Constitución. c) Constitución de sociedades mexicanas con participación de socios extranjeros. Además de otras restricciones que podía imponer de manera discrecional la misma Secretaría antes de otorgar permisos.<sup>34</sup>

No obstante el 28 de septiembre de 1945 se levantó la suspensión de las garantías individuales mediante otro decreto, continuaron las restricciones hacia la entrada de capital.

---

<sup>34</sup> María Esther Reyes Tagle, *Inversiones extranjeras en México; marco legal*, Tesis profesional, Licenciatura en Derecho, ITAM, México, 1990, pp.13-15.

El 27 de junio de 1947 se publicó en el Diario Oficial un acuerdo mediante el cual se creó una Comisión Mixta Intersecretarial quien "determinó aquellas ramas industriales en las que el capital nacional debería estar representado por lo menos con 51% del capital social. Además dictó una serie de mediadas para complementar otras disposiciones sobre la materia."<sup>35</sup> Cabe mencionar que esta Comisión funcionó de 1947 a 1953 y dictó doce normas, entre las cuales se encuentran: 1) las acciones de cualquier sociedad en que participaran extranjeros debían ser nominativas, para corroborar que 51% del capital era de mexicanos, 2) obligación de la SRE de consultar con la de Industria y Comercio y con Petróleos Mexicanos, antes de expedir el permiso de constitución o de la modificación de la sociedad que se dedicaran a la industria, al comercio o a los derivados del petróleo, entre otras.

Con el gobierno de López Mateos continuó la política de mexicanización de la IED pues durante su administración, por ejemplo, el Estado asumió el control definitivo de la industria eléctrica. La minería, a raíz de su decadencia en la década de los sesenta, trató de reactivarse impulsando la industria extractiva vía la mexicanización.

El 29 de noviembre de 1958 se expidió la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional que reservó para la Nación el dominio directo de todos los hidrocarburos en el territorio mexicano.

De esta manera el 5 de febrero de 1961 se publicó en el Diario Oficial la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en materia de explotación y aprovechamiento de recursos minerales determinando que sólo los mexicanos y las sociedades mexicanas que tengan la mayoría de su capital suscrito por nacionales, tienen derecho a obtener concesiones mineras ordinarias, mientras que para concesiones

---

<sup>35</sup> Fernando Pescador, *Op. cit.*, pp. 95-96.

especiales, es decir, para explotar reservas mineras, las sociedades deberían tener al menos 66% del capital en manos de mexicanos.<sup>36</sup>

Posteriormente el Poder Ejecutivo dictó otras disposiciones. El 2 de julio de 1970 se publicó el Decreto presidencial mediante el cual se determinó el porcentaje de 49% máximo para la participación de inversión extranjera en sociedades mexicanas en las ramas de la siderurgia, cemento, vidrio, fertilizantes, celulosa y aluminio.<sup>37</sup>

El Decreto de 30 de abril de 1971 autoriza a la SRE para otorgar permisos a las instituciones nacionales de crédito, y adquirir como fiduciarias, el dominio de bienes inmuebles destinados a la realización de actividades industriales o turísticas dentro de la zona prohibida. Este concepto de fideicomiso sería retomado posteriormente en las legislaciones de inversión de 1973 y de 1993.<sup>38</sup>

#### 2.2.8. La etapa restrictiva

Hacia la década de los setenta era evidente el agotamiento del modelo de crecimiento basado en la sustitución de importaciones y se hizo necesario buscar nuevos mecanismos de apoyo al crecimiento económico. Uno de ellos fue dotar al país de un marco legal a la IED por medio de la Ley de 1973, la cual perseguía convertir la inversión foránea en un *complemento* del capital nacional. Puesto que en ese decenio hubo una sobreoferta de recursos a escala mundial y una disminución de las tasas de interés, el gobierno mexicano aplicó la Ley, al menos durante los primeros cinco años, con un carácter restrictivo a la IED y proteccionista de la inversión nacional. Esto provocó que la IED se inhibiera y no creciera de la manera deseada, con lo cual se debió

---

<sup>36</sup> <sup>33</sup> *Ibidem.*, pp. 98-99.

<sup>37</sup> Leonel Pereznieta Castro, *Op. cit.*, p. 121.

<sup>38</sup> *Ibidem.*, p. 122.

recurrir a la inversión indirecta --mediante financiamiento internacional-- con el resultado negativo del incremento de la deuda externa para el país.

Aunado a lo anterior, la crisis económica de 1982 y el agotamiento de crédito internacional hizo necesario un cambio en la actitud y política del gobierno mexicano, de manera que se iniciaría la promoción e impulso de la IED. Durante los siguientes años la CNIE sirvió de mecanismo de ajuste para aclarar, precisar y corregir normas y criterios establecidos en la propia Ley.

### **2.2.8.1. La Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera de 1973**

La dispersión de las diferentes y numerosas normas que regulaban el ingreso de la IE emitidos con anterioridad a 1972 propició que, el 9 de marzo de 1973, se publicara en el Diario Oficial de la Federación la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera (LIMRE). La misma conjuntó las diversas leyes, decretos y disposiciones administrativas en un sólo ordenamiento jurídico, con criterios de aplicación homogéneos y la constitución de un marco legal único.

El contenido de esta Ley refleja el punto de vista que tenía el gobierno mexicano de la inversión extranjera. Esta era “un mal necesario” y, por consiguiente, le impondría regulaciones y controles estrictos. El gobierno estaba interesado en “defender” la independencia del país por lo que cuidaría que con el ingreso de la IED no se volviera en antiguos modelos de dominación colonial.

La LIMRE tenía como objetivo “promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera para estimular un desarrollo justo y equilibrado y consolidar la independencia económica del país”. Sólo se permitiría la IE mientras:

- a) Fuera complementaria del capital nacional.

b) Se asociara con el capital mexicano en porcentaje minoritario.

c) Tendiera a la acuñación de técnicos y personal de nacionalidad mexicana.

En la misma se establecen:

a) Las actividades reservadas al Estado mexicano (petróleo, petroquímica básica, explotación de materiales radiactivos, minería en los casos previstos por la ley correspondiente, generación de energía nuclear, electricidad, ferrocarriles, comunicaciones telegráficas, radiotelegráficas y las demás que determinaran las leyes específicas).<sup>39</sup>

b) Las actividades reservadas a sociedades mexicanas, cuya acta constitutiva contenga la cláusula de exclusión de extranjeros (transporte aéreo y marítimo, radio y televisión, explotación forestal, distribución de gas, transporte automotor urbano, interurbano y en carreteras federales).<sup>40</sup>

c) El monto de 49 % como límite máximo de participación extranjera en el capital de empresas mexicanas que, por su actividad, no estén reguladas de manera específica (*vr. gr.* productos secundarios de la industria petroquímica 40%; fabricación de autopartes 40%; minería 34 y 49%, dependiendo del tipo de concesión).<sup>41</sup>

En el artículo 9º otorga al inversionista mexicano un derecho de preferencia sobre el inversionista extranjero, respecto de empresas establecidas que están en venta.

---

<sup>39</sup> Artículo 4

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> Artículo 5. Se imponen además restricciones o limitaciones específicas a la participación de la IE en química básica, industria de la construcción, piscicultura y pesca, prensa, editoriales de libros y revistas, publicidad y propaganda, industria hulera, empresas de transportes aéreos, industrias siderúrgicas, cemento, vidrio, fertilizantes, celulosa, agricultura, aluminio, artículos farmacéuticos y medicinales, entre otros.

Además, dicha Ley creó dos órganos de vigilancia y seguimiento de la inversión extranjera. En primer lugar, la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (CNIE)<sup>42</sup>, facultada para supervisar y vigilar la operación de la IE en México, determinar la entrada de nueva inversión externa mediante proyectos particulares de inversión con base en criterios y condiciones específicos (no desplazamiento de compañías nacionales, efectos positivos en la balanza de pagos y el empleo generado, el uso de insumos nacionales, preservar los valores sociales y culturales del país, aporte tecnológico, no ocupar posiciones monopolísticas, identificación del inversionista con los intereses y políticas nacionales, entre otros), y emitir resoluciones que constituyan criterios y políticas de carácter general.

El segundo órgano de regulación y seguimiento creado fue el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras (RNIE)<sup>43</sup>, en el cual tienen la obligación de inscribirse todos los inversionistas foráneos, lo que permite mantener un registro actualizado de sus actividades y operaciones. Según la LIMRE los inversionistas extranjeros debían notificar al RNIE en el caso de adquirir o arrendar más de 49% de los activos fijos de una empresa mexicana; o invirtieran indirectamente en una empresa mexicana mediante la adquisición de los derechos de fideicomisario derivados de un fideicomiso; también debían de inscribirse las empresas mexicanas en que participaran extranjeros, en el monto que sea, así como los fideicomisos constituidos para facilitar la inversión extranjera en forma indirecta (artículo 23).

---

<sup>42</sup> Artículos 11 y 12. Actualmente la CNIE está integrada por los Secretarios de Gobernación; de Relaciones Exteriores; de Hacienda y Crédito Público; de Desarrollo Social; de Energía, Minas e Industria Paraestatal; de Comercio y Fomento Industrial; de Comunicaciones y Transportes; del Trabajo y Previsión Social; y de Turismo, quienes a su vez pueden designar a un Subsecretario como suplente de cada dependencia. La Comisión está presidida por el secretario de SECOFI y para su funcionamiento deberá contar con un Secretario ejecutivo y un Comité de Representantes. (Vid arts. 23 a 25 de la nueva Ley de Inversión Extranjera de 1993)

<sup>43</sup> El RNIE depende de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial y se encuentra bajo la dirección del Secretario Ejecutivo de la CNIE.

### **2.2.8.2. Reglamento del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras**

Con el fin de formalizar los procedimientos para el registro de la IE como los criterios generales de la LIMRE, de manera que los inversionistas extranjeros tuvieran una mayor seguridad jurídica, el 28 de diciembre de 1973 se expidió el Reglamento del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras (RRNIE), el cual se convirtió en una guía sobre los requisitos de inscripción para los inversionistas foráneos. Tal Reglamento consideró la inscripción de:

a) Personas físicas o morales extranjeras que realicen inversiones reguladas por la Ley.

b) Sociedades mexicanas en cuyo capital social participen personas físicas o morales extranjeras.

c) Fideicomisos donde formen parte extranjeros.

d) Títulos representativos de capital que sean propiedad de extranjeros o estén dados en garantía a favor de ellos.

e) Aquellos que indique la CNIE por medio de Resoluciones Generales.

En 1976 se adicionó el RNIE con el artículo 19-BIS, que establece la obligatoriedad, para todas las figuras consideradas en el Reglamento, de proporcionar periódicamente información relativa a los datos de identificación, estados financieros, resultados contables, personal ocupado y balanza de pagos al cierre de cada ejercicio fiscal, a fin de poder realizar un seguimiento de las modificaciones del capital social, órganos de gobierno, ubicación geográfica de los nuevos establecimientos y avances en la generación de empleo, además de conocer con mayor exactitud el comportamiento e impactos globales de la IE en el país.

### 2.2.8.3.El papel desempeñado por la CNIE

Como ya quedó dicho más arriba, la CNIE fue una institución creada por la LIMRE con facultades para supervisar y controlar la IE, dictaminar casos especiales no contemplados en la Ley y establecer criterios y políticas que se tradujeran en resoluciones de aplicación general o específica.

Jorge Amigo Catañeda afirma en este respecto "...cuando se promulgó la LIMRE en 1973, ni el Poder Ejecutivo...ni el Legislativo...tenían la experiencia suficiente para prever todas las implicaciones que forman parte de un fenómeno como lo es la inversión extranjera directa...es por eso que el legislador creó también un instrumento que pudiera estar al tanto, mediante la aplicación de sus resoluciones, de los procesos evolutivos característicos de la IED. Este instrumento fue la CNIE".<sup>44</sup>

La flexibilidad de la CNIE había impedido la necesidad de modificar la rígida estructura legal durante los casi 20 años que tuvo aplicación la LIMRE. Por medio de sus resoluciones emitidas, se lograron desarrollar conceptos que en la Ley se formulaban de manera incipiente, tales como nuevos establecimientos, líneas de productos y campos de actividad; incrementar la proporción de capital con que la IE podía incursionar en diversas actividades económicas, y autorizar en forma automática diversos actos donde la IE participara.<sup>45</sup>

Las resoluciones pueden ser de dos tipos: generales, de aplicación para varios casos con características similares, o específicas, relativas a similitudes particulares cuyas características no se contemplaban en la LIMRE ni se asemejaban a las de otras solicitudes.

---

<sup>44</sup> "Marco Jurídico de la inversión extranjera directa en México", *Inversión Extranjera Directa 1990*, Banco Nacional de México, México, 1991, p. 18.

<sup>45</sup> Jaime Alvarez Soberanis, *El régimen jurídico...*, p. 98.

Las resoluciones generales aparecidas entre 1973 y 1988 corresponden a dos períodos diferenciados. En el primero, que va de 1973 a 1982, se desarrolló el carácter, la naturaleza, contenido y alcance de las mismas. En este lapso se emitieron 19 resoluciones en total, que se caracterizaron por ser más de tipo regulador que promotor. Durante la segunda etapa, que abarca los siguientes seis años, las resoluciones se enfocaron más a la promoción para el ingreso de los capitales foráneos.

Durante 1988 se publicó la "Resolución general que sistematiza y actualiza las resoluciones generales emitidas por la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras".<sup>46</sup> Su objetivo fue fomentar la simplificación administrativa de los registros, dar transparencia al elemento normativo de las resoluciones, así como armonizar sus contenidos. Esta Resolución se derogó en 1989 con la entrada en vigor del Reglamento de inversiones extranjeras. A partir de esta fecha y hasta 1992 se emitieron nuevas resoluciones generales, las cuales se caracterizaron por dar mayor flexibilidad a la IE en el país.<sup>47</sup>

### **2.3. Los planes nacionales de desarrollo y la evolución de la inversión extranjera directa**

#### **2.3.1. El Plan Nacional de Desarrollo 1984-1988**

Durante el gobierno de Miguel de la Madrid (1982-1988) ante la crisis financiera, el descenso de la IE y la política nacionalista, entre otros factores internos, se decidió dar a conocer el Plan Nacional de Desarrollo (PND)<sup>48</sup> en 1983 para solucionar la crisis y emprender acciones tendiente a transformar drásticamente la estructura productiva del

<sup>46</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 3 de febrero de 1988.

<sup>47</sup> Leonel Pereznieta, *Op. cit.*, p. 138.

<sup>48</sup> Poder Ejecutivo Federal, Secretaría de Programación y Presupuesto, *Plan Nacional de Desarrollo*, 1º de mayo de 1983, pp. 191 y ss.

país para alcanzar un crecimiento económico. Sin embargo, el incremento de la deuda externa, alza de las tasas de interés, aumento del proceso inflacionario, caída en los precios del petróleo, entre otros, obligaron a cumplirlo cabalmente y a corregir varias acciones.

El PND 1984-1988 hace un análisis global sobre el comportamiento de la IE en México y la política tendiente a regularla: "A pesar de la existencia de una ley adecuada sobre el IED, no se ha seguido siempre una política sistemática en la materia que aproveche efectivamente su contribución al desarrollo del país. En la práctica las transnacionales han tendido... a beneficiarse con la protección a través del uso de tecnologías y equipos obsoletos en sus países de origen y a generar ganancias excesivas a expensas de los consumidores nacionales. No se ha podido inducir... a este tipo de inversión a promover el desarrollo tecnológico nacional, a sustituir importaciones eficientemente o a generar exportaciones con un saldo neto positivo... el proceso de mexicanización de las empresas con participación extranjera ha resultado en muchos casos ilusorio y ha tenido efectos indeseables sobre la concentración industrial, la política de precios y sobre los recursos disponibles para la inversión.

Para 1983 tanto los inversionistas nacionales como los extranjeros aún vivían el temor y la desconfianza que había provocado la reciente expropiación de la banca y las medidas nacionalistas de la administración de José López Portillo. Aunado a lo anterior la crisis económica provocó la drástica reducción de la IE en 63% respecto a 1981, la CNIE aprobó solamente una cantidad en valor de 683 millones de dólares de proyectos inscritos en el RNIE.<sup>49</sup>

A pesar de lo anterior, para 1984 la IE superó las previsiones, pues se alcanzaron los 1, 442 millones de dólares, recursos utilizados para expandir empresas extranjeras ya

---

<sup>49</sup> CNIE, *Informe 1983-1987*, Edamex, México, 1988, p. 65. Los datos siguientes son tomados de esta fuente.

instaladas en el país y para el pago de las deudas de empresas privadas. La CNIE se enfocó durante este año al fortalecimiento de la planta exportadora, la generación de divisas, de empleos y la selectividad tecnológica.

Para 1985 el país vivió una ligera recuperación económica, mediante la correcta aplicación del PND y el mantenimiento de las mismas pautas de política sobre la materia, propiciaron que para ese año la IE se colocara en 1,871 millones de dólares, con una IE acumulada récord de 14,628 millones de dólares. A pesar de ello los sismos de septiembre y la caída del precio de los energéticos limitaron su desarrollo, por lo cual 1986 representó un año difícil para México, pues aunado a lo anterior vino una disminución de ingresos en el sector público y la elevación de la deuda, lo que terminó con la contracción de -4% del PIB.

Lo anterior implicó un cambio de estrategia para la industrialización del país, se buscó salida con la apertura económica, lo que trajo consigo dejar a un lado el proteccionismo y el modelo de sustitución de importaciones. México se adhirió al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), propició la reconversión industrial y una más amplia flexibilidad ante la IE.

Con la entrada al GATT se pretendía que los productores nacionales enfrentaran a los extranjeros para hacerlos más competitivos en los contextos económicos nacional e internacional.

A pesar que durante 1986 se mantuvieron restricciones en algunos sectores a la participación de capitales extranjeros se instrumentó un mecanismo de sustitución de deuda pública por inversión productiva, denominado *swaps*. Se continuó la capitalización de la deuda de empresas privadas, lo que contribuyó a mejorar la situación financiera de las mismas. Debido a esto los ingresos de IE alcanzaron los 2, 420 millones de dólares.

Una nueva reactivación económica experimentó la economía mexicana en 1987 a causa del incremento de exportaciones petroleras y no petroleras, fortalecimiento del mercado interno, recuperación de inversión privada y pública. El flujo de IE alcanzó un monto de 3, 259 millones de dólares en proyectos aprobados por la CNIE. El total acumulado se colocó en 20, 927 millones de dólares, de la cual proviene de Estados Unidos 65% y de Canadá 3%.

Para 1988 ya se habían suspendido los *swaps*, en materia política se llevaron a cabo las elecciones presidenciales en las que la oposición desempeñó por primera vez un papel importante desde la institucionalización del partido oficial. Ante tal incertidumbre e inseguridad se contrajo la IE, la CNIE intentó alentarla mediante la expedición de la ya citada Nueva Resolución General Unica, liberalizando de esta forma el régimen jurídico para las inversiones foráneas, fue así como se superaron los 3, 200 millones de dólares de proyectos autorizados por la Comisión.

A lo largo de la aplicación del PND, entre 1983 y 1988 se lograron más y mejores contribuciones de la IE en el proceso de desarrollo nacional. Según la CNIE las aportaciones de esta inversión fueron importantes para el empleo, el comercio exterior, la generación de recursos así como el desarrollo y transferencia de tecnología. A lo largo de este período, la misma Comisión aprobó un total de 1, 249 casos respecto de 772 diferentes empresas con una cifra de más de 13, 500 millones de dólares.

Dice Rogelio Ramírez de la O que en el lapso estudiado el flujo de la IED ha variado conforme se ha ido modificando la estructura productiva del país y atendiendo a las políticas gubernamentales; en etapas de auge económico, cuando hay una demanda interna creciente que requiere ser satisfecha, la IED se ha mostrado más interesada e

participar en el mercado nacional, mientras que en etapas de recesión permanece a la expectativa hasta cuando se aclara el panorama económico.<sup>50</sup>

### 2.3.2. Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994

El advenimiento de la Administración del Presidente Carlos Salinas de Gortari (1988-1994) representó una continuación con el régimen anterior, pero de una manera más profunda se llevaría al cabo el proceso de privatización de empresas públicas, mayor apertura comercial y promoción a la IE. Se decidió emprender una política activa, cuyos objetivos el Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994 (PND) señalaba: recuperación económica con estabilidad de precios para alcanzar una tasa de crecimiento sostenida de la producción y la creación de empleos.<sup>51</sup>

Se confirió en el PND un papel primordial a la atracción de inversión extranjera directa para permitir la modernización del aparato productivo, la aportación de recursos financieros para la inversión en el territorio nacional, la creación de empleos, el acceso a mercados extranjeros y la difusión de tecnologías. Debido a lo cual se requería alentar y estimular a la misma para poder crecer, no se puede sostener la anterior actitud de carácter "selectivo", se necesita fomentar la IED en todos los sectores, exceptuando a los reservados al Estado y a los nacionales, se trata de generar beneficios recíprocos tanto para la población nacional como para la obtención por parte del inversionista de las utilidades esperadas.

El PND indica que son necesarias para crecer tres líneas básicas: la estabilización continua de la economía, la ampliación de la disponibilidad de recursos para la inversión productiva y la modernización económica. En relación con la IED establece: "Con la apertura comercial los beneficios potenciales de la inversión extranjera aumentan...y se

---

<sup>50</sup> *Op. cit.*, p. 77.

<sup>51</sup> Poder Ejecutivo Federal, "Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994", Diario Oficial de la Federación, 31 de mayo de 1989, México, p. 70 y ss.

convierten en un complemento natural a la inversión nacional...La IED es benéfica por 4 razones: genera empleos directos e indirectos, permanentes y bien remunerados; provee al país de recursos frescos para el sano financiamiento de las empresas; aporta tecnologías modernas a la planta industrial; y alienta el esfuerzo exportados del país".

Asimismo, en el marco de la promoción, se señala que los reglamentos y procedimientos serán expeditos, automáticos y transparentes, simplificando los trámites y requisitos necesarios para su inserción en el aparato productivo nacional.

De lo hasta aquí señalado, se desprende la importancia atribuida a la IED en el proyecto de desarrollo económico nacional, el cual requería de un nuevo marco jurídico que se ajustara al panorama y características mundiales (como la interdependencia, la regionalización y la globalización de las economías), además de proporcionar transparencia, certidumbre y seguridad a la inversión productiva foránea mediante una regulación más moderna, flexible, eficiente y *ad hoc* con los objetivos nacionales y las transformaciones internacionales.

Durante este período se adecuó el marco jurídico que regula la IED a través de simplificación administrativa y mecanismos de participación de capital foráneo más amplios. De esta forma la entrada en vigor de la nueva Ley de Inversión Extranjera de 1993 "la permite en 91.2% de las actividades registradas en la Clasificación Mexicana de Actividades y Productos, equivalente al 81.4% del PIB. Finalmente, se crean medios para promoverla en la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, el Consejo Mexicano de Inversión, la Nacional Financiera y el Banco Nacional de Comercio Exterior".<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> Grupo Financiero BANAMEX-ACCIVAL, "Inversión extranjera directa, 1989-1994", en *Examen de la situación económica de México*, vol. LXXI, núms. 330 y 331, enero - febrero de 1995, México, 1995, pp. 36.

Estas transformaciones en la actitud del gobierno mexicano incidieron en el mayor dinamismo de los últimos 20 años en lo relativo al ingreso de IED. En el período 1989-1994 superaron las expectativas originales: "48, 776 millones de dólares en el período frente a los 24, 000 esperados originalmente, cifra 103% mayor...El país fue el noveno receptor de este tipo de capital a nivel mundial...; si se consideran las economías emergentes ocupó el tercer lugar...y el primero en América Latina".<sup>53</sup>

Los flujos de capital provinieron fundamentalmente de Estados Unidos con 64.8%. Para diciembre de 1993 se registraron 8, 420 empresas con participación de capital extranjero (68% de Estados Unidos y 3.2% de Canadá). Sin embargo, 44.3% de la inversión extranjera fue indirecta, es decir ingresó al mercado financiero, con la consiguiente alta volatilidad que las mismas representan. En cambio la IED contribuyó a la creación de más de 126 mil nuevos empleos, facilitó la colocación de nuevos productos en los mercados internacionales debido al aumento de la eficiencia y se logró reinvertir 50% de las utilidades.<sup>54</sup>

Se puede afirmar que el incremento de la entrada de IED al país fue el resultado de la interrelación de todas las reformas realizadas, del saneamiento económico y también de las modificaciones y adecuaciones del marco legal que permitieron su participación más amplia en diferentes ramas de la actividad productiva.

#### **2.4. El régimen jurídico vigente en materia de inversión extranjera directa (IED)**

La regulación jurídica de la IED está conformada dentro del sistema legal organizado a partir de la ley fundamental, es decir de la Constitución. En México, además de las normas constitucionales existe la nueva Ley de Inversión Extranjera de 1993 y el Reglamento para promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión

---

<sup>53</sup> *Ibidem.*, pp. 36 y 38.

<sup>54</sup> *Ibidem.*, pp. 38-40.

Extranjera de 1989, sin contar las diversas disposiciones que sobre la materia existen en diversas leyes, reglamentos, decretos, acuerdos y programas, que en su conjunto llegan a más de 190 ordenamientos jurídicos. Se deben considerar igualmente las resoluciones generales y específicas de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras. Todo esto implica una interacción y complementariedad de las diversas normas, que no sólo tienen que ver con las condiciones del desarrollo y devenir nacional, sino que en virtud de los cambios económicos mundiales y los compromisos del país en el escenario internacional se han ido modificando y adecuando hasta culminar en el actual régimen sobre IED.

#### **2.4.1. Disposiciones constitucionales**

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 establece los principios fundamentales relacionados con los inversionistas extranjeros y sus inversiones. A continuación se analizan las más importantes disposiciones sobre la materia.

##### **2.4.1.1. Artículo 1**

Dispone que cualquier persona por el simple hecho de estar localizada en el territorio mexicano está protegida en sus garantías individuales que le otorga la propia Constitución, las cuales no pueden ser restringidas, suspendidas o modificadas, salvo en los términos y condiciones que ella misma establece. Es decir, este precepto legal, clasificado como un derecho individual de igualdad, contempla que para determinar cuales son los derechos de las personas, no deberán tomarse en cuenta elementos personales, tales como diferencias de religión, sexo, creencias políticas o nacionalidad que afecten los derechos que la misma Constitución protege.<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> Ignacio Burgoa, *Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparo*, Porrúa, México, 1984, p. 193.

Así, los extranjeros disfrutarán del igual *status* que los mexicanos en lo que respecta a los derechos que ellos mismos tienen en el territorio mexicano. Ninguna diferencia se podrá hacer entre éstos, excepto por aquellos procedimientos, excepciones y actos expresamente autorizados por la misma Carta Magna. Es bajo este principio que la Constitución prevé la autoridad necesaria para restringir las actividades de los inversionistas extranjeros en México. Si este estatuto no incluye tal autorización para restringir o en cualquier caso regular a los inversionistas extranjeros, entonces tal acto de cualquier institución gubernamental sería inconstitucional y eventualmente declarado inválido.

#### 2.4.1.2. Artículo 73

La referencia sobre las restricciones citadas se funda en el artículo 73, fracciones XVI y XXIX-F. Estas previsiones se refieren a la facultad expresa del Congreso:

"XVI: Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración...

XXIX-F: Para expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional"

Esta última fracción es la que otorga autoridad al Congreso para legislar en materia de IED. La Ley de 73 se consideró inconstitucional pues no se facultaba expresamente al Congreso para legislar la materia, pero mediante reforma del 3 de febrero de 1983 a la fracción XXIX-F se desvanecieron las discusiones sobre la aludida anticonstitucionalidad.<sup>56</sup> Además cabe recordar como dice Jeswald Salacuse: "El

---

<sup>56</sup> Genaro Góngora Pimentel y Miguel Acosta Romero, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Doctrina, legislación, jurisprudencia*, Porrúa, México, p. 153.

derecho internacional reconoce la regulación de la inversión extranjera de los países anfitriones como un acto de soberanía nacional...tiene el derecho sobre el control de movimiento de capital en su territorio, para legislar sobre todas las materias relativas a la adquisición y transferencia de propiedades en su territorio, para determinar las condiciones para el ejercicio de la actividad económica de las personas físicas o morales, y para controlar la entrada y actividades de los extranjeros".<sup>57</sup>

#### **2.4.1.3. Artículo 27**

Este es el artículo más importante establecido en la Constitución aplicable a la inversión extranjera en México. Se pueden desprender del mismo varios temas que son fundamentales:

##### **2.4.1.3.1. Dominio de tierras y aguas**

Como ya se mencionó más arriba, el primer párrafo del artículo 27 declara que todas las tierras y aguas que se encuentren dentro del territorio mexicano, son propiedad originaria de la Nación. Se reconoce además la propiedad privada, la cual está sujeta todo el tiempo a los requisitos y condiciones de la propia Nación, pues sólo esta puede transmitir el dominio a los particulares.

Más aún, todos los recursos naturales encontrados en territorio nacional son considerados como dominio y propiedad original del Estado mexicano. Esto significa que todos los minerales y sustancias sólo pueden explotarse mediante una concesión del Poder Ejecutivo del Gobierno Federal. Tales concesiones pueden expedirse únicamente a personas mexicanas o a sociedades incorporadas bajo leyes mexicanas, las cuales excluyen a los extranjeros de obtenerlas directamente.

---

<sup>57</sup> "Host Country Regulation of Joint Ventures and Foreign Investment", en Robert Hellawell y Wallace (coordinadores), *Negotiating Foreign Investments, a Manual for the Third World*, Georgetown University Law Center, Washington, 1982, p. X.B. 1.1.

#### 2.4.1.3.2. Adquisición de tierras y aguas

Como regla general sólo los individuos y compañías mexicanas tienen el derecho para adquirir la propiedad de tierras y aguas, así como obtener concesiones de explotación de las mismas. Las sociedades extranjeras están excluidas de adquirir directamente la propiedad de tierras y aguas. Sin embargo, los extranjeros y las compañías mexicanas con participación extranjera pueden adquirir tales derechos bajo determinadas condiciones y limitaciones.

#### 2.4.1.3.3. La "Zona Prohibida"

Dice textualmente una parte de la fracción I del artículo 27: "...En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas." Esta es la llamada "Zona Prohibida", la cual tuvo su razón de ser histórica en virtud de la experiencia mexicana del temor de sufrir ataques o invasiones de potencias extranjeras, sin embargo en la actualidad resulta obsoleta pues las condiciones internacionales y la restricción a la propiedad inmueble de extranjeros en las fronteras y litorales no tiene razón de ser. Es en parte por ello que esta prohibición se ha aplicado de manera que el inversionista extranjero adquiera *indirectamente* el dominio en esta área por medio del *fideicomiso*, esta figura jurídica permite que mediante un fiduciario (un banco mexicano) --quien se ostenta como el propietario directo de determinado bien inmueble-- permita al inversionista extranjero obtener los frutos o utilidades del mismo.<sup>58</sup>

Fuera de la Zona Prohibida, los extranjeros pueden adquirir el dominio directo de tierras y aguas con la autorización previa de la Secretaría de Relaciones Exteriores. El propósito de este permiso es que los compradores incluyan expresamente en su contrato de compra - venta y acuerden ante la misma Secretaría la inclusión de la "Cláusula

---

<sup>58</sup> *Vid.* Título II (arts. 10-14) de la nueva LIE.

Calvo".<sup>59</sup> Adicionalmente, los extranjeros en este caso deben obtener una autorización de la Secretaría de Gobernación para confirmar que su calidad migratoria permita ejecutar tal acto (pues por ejemplo los turistas no pueden bajo ninguna circunstancia obtener el dominio directo de tierras o aguas, pues se requiere la mayoría de las veces la calidad de inmigrado).

Debemos aclarar, sin embargo, que si la posibilidad del fideicomiso está abierta para las adquisiciones en la Zona Prohibida, en el resto del país también puede ser recurrido cuando no sea posible el dominio o compra directa de los citados bienes.

#### **2.4.1.3.4. La "Cláusula Calvo"**

Esta cláusula debe ser incluida en toda acta constitutiva de una sociedad que se prevea tenga capital extranjero y en cada autorización para adquirir propiedad inmueble. En todas las adquisiciones de tierras o aguas de la Nación, los extranjeros deberán de considerarse como mexicanos en lo que respecta a dichos bienes. Deben acordar igualmente no recurrir a la protección de sus respectivos gobiernos (protección diplomática) bajo la pena de perder sus bienes en favor del Estado mexicano.

Este precepto constitucional ha sido objeto de números debates, pues se piensa que impide potenciales inversiones en México. Históricamente esta cláusula fue la respuesta a los abusos en la protección diplomática de inversionistas provenientes de las grandes potencias. Esto muestra que México rechaza totalmente la posibilidad de tener países extranjeros ejerciendo presiones o aún invasiones en el país bajo la excusa de proteger sus ciudadanos.

A decir de Leonel Pereznieta, "la 'Cláusula Calvo' y la 'Zona Prohibida' o 'Zona Restringida' son instituciones constitucionales que merecen el mayor respeto en su

---

<sup>59</sup> Se explicará ampliamente en el siguiente capítulo y brevemente en esta sección.

tratamiento, pues en su tiempo sirvieron para salvaguardar la soberanía del país y la integridad de su territorio. Se trata de instituciones que, por otra parte, son el resultado de episodios nacionales en los que se formó la nación mexicana, pero ahora, en mi opinión, ya no cumplen –al menos totalmente- los objetivos para los que fueron creadas”.<sup>59 bis</sup>

Estas fueron dos instituciones desarrolladas por una necesidad histórica y que fueron eficaces en su época, pero que con el tiempo perdieron su efectividad -a pesar de seguir vigentes en la Constitución-, pero que hoy representan un obstáculo al desarrollo del país en el contexto del comercio internacional. Por lo tanto es urgente que se modifiquen sustancialmente o se deroguen.

#### **2.4.1.3.5. Expropiación**

Las expropiaciones sólo pueden realizarse por causas de utilidad pública y mediante indemnización, según el referido artículo 27 constitucional. Esta norma autoriza al poder Ejecutivo para remover la propiedad sobre tierras y otros derechos en manos privadas. El fundamento de esta autoridad se basa en la teoría de la propiedad originaria del Estado mexicano. De este modo, la expropiación se considera lo contrario a la creación de propiedad privada, para llegar a ser de nuevo propiedad nacional. Pero no debe considerarse un acto arbitrario, pues sólo puede ser realizada por alguna causa de utilidad pública, y mediante una compensación constitucionalmente garantizada.

Al respecto, el artículo 16 exige que cualquier acto de autoridad debe ser justificado bajo el amparo de la ley y una adecuada "motivación". Este requisito garantiza que las expropiaciones sólo serán ejecutadas cuando sea justificable, impidiendo así expropiaciones arbitrarias.

---

<sup>59 bis</sup> “Dos mitos en el Derecho Internacional Privado mexicano: ‘la Cláusula Calvo’ y la ‘Zona Prohibida’ o ‘Zona restringida’”, en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, México, núm. 2, abril, 1997.

#### 2.4.1.4. Artículo 28 constitucional y los monopolios

Este precepto regula el caso de las actividades antimonopólicas. Se prohíbe expresamente la creación de monopolios o cualquier actividad con fines similares. Sin embargo, se impone una excepción en relación con las actividades expresamente reservadas al Estado mexicano. Estos campos no podrán ser ocupados por inversionistas extranjeros aún estando establecidos en México, ni por cualquier otro individuo o entidad, aún siendo mexicanos.

Los campos restringidos son los siguientes: petróleo y demás hidrocarburos, petroquímica básica, electricidad, generación de energía nuclear, minerales radioactivos, acuñación de moneda, emisión de billetes, correos, telégrafos, radiotelegrafía, control de puertos, aeropuertos y helipuertos, y las demás que señalen las leyes federales aplicables.

Estas actividades junto con otras incluidas en diversas leyes federales son reguladas por la nueva Ley de Inversión Extranjera de 1993. Como regla general, las inversiones extranjeras pueden participar (totalmente o en determinado porcentaje) en cualquier actividad que no esté expresamente excluida del alcance de las disposiciones citadas.

Finalmente, existen otros artículos que se refieren directa e indirectamente con los inversionistas extranjeros y sus propiedades, importante será analizar los problemas de la legislación aplicable a los mismos a raíz de la apertura de México a los mercados internacionales y la entrada en vigor de diferentes tratados de libre comercio, como el TLCAN. Se ha iniciado un arduo debate sobre el tema de solución de controversias en materia comercial internacional, siendo las inversiones un tema fundamental para la discusión sobre el régimen jurídico aplicable, surgen entonces controversias sobre la jerarquía de las leyes, los conflictos de competencia judicial sobre todo en relación con

el arbitraje internacional. No obstante estos temas los abordaré más adelante para tratar de entender este complejo problema al que México deberá enfrentarse.

#### **2.4.2. Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera**

Ante las crisis constantes y el aumento de la deuda externa durante el gobierno de Miguel de la Madrid, se tuvo que cambiar el modelo económico que había seguido México en los últimos 35 años. De un modelo de sustitución de importaciones se pasó a un modelo de libre mercado y, con ese objetivo, se realizó la adhesión de México al GATT en 1985.

La política en materia de inversión extranjera tuvo que ser modificada vía resoluciones generales emitidas por la CNE, resoluciones cuya legalidad e incluso constitucionalidad fueron motivo de fuertes debates.

Con el fin de no enfrentar intensos debates o problemas para su aprobación en el Congreso sobre la modificación de la Ley del 73, por su alto y controvertido contenido ideológico y político, bajo el gobierno del presidente Carlos Salinas se decidió instrumentar un nuevo marco legal que buscaba promover, ya no regular, la inversión mediante vía *reglamentaria* de la LIE.

Las medidas que expusimos durante el período 1988-1994 en materia de promoción, liberalización y reforma económica se concretaron con la promulgación del Reglamento para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera en 1989 (RLIE).<sup>60</sup> Dicho reglamento buscaba ofrecer certidumbre, agilidad y seguridad a la inversión extranjera. Sin embargo hubo juristas que cuestionaron la forma como se

---

<sup>60</sup> Publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 16 de mayo de 1989.

modificó el marco jurídico debido a que, en su opinión, el reglamento no sólo iba más allá de lo que disponía la Ley sino que incluso la contravenía.

Se trataba en el RLIE de acelerar la calificación y el ingreso del capital foráneo, tanto al simplificar los requerimientos para los inversionistas extranjeros, como para reducir el tiempo de resolución de las instancias competentes y ampliar el número de actividades económicas en que puede participar la IED.

Anteriormente todas las solicitudes para el ingreso y operación de la IED debían someterse a la consideración de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (CNIE) para su calificación y aprobación respectiva. Con el RLIE diversas solicitudes de potenciales inversionistas para obtener autorizaciones de la CNIE, de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI) y de la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) que no tengan respuesta en los plazos preestablecidos, se considerarán concedidos (*afirmativa ficta*). No será necesario el permiso de la SRE para reformar estatutos de las sociedades, excepto cuando se incluya la cláusula de exclusión de extranjeros o se elimine la Cláusula Calvo, y cuando se cambie la razón social.<sup>61</sup>

Importante también es que todas las disposiciones administrativas de carácter general relativas a obligaciones, restricciones o requisitos a inversionistas extranjeros o sociedades en las cuales estos participen, que hubieran sido expedidas en años anteriores fueron abrogadas o derogadas con el RLIE.

El reglamento contiene una clasificación de actividades económicas basadas en el "Régimen de autorización por rama o clase de actividad económica de acuerdo con la clasificación mexicana de actividades y productos" (CMAP), desarrollado por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI). Con base en esta clasificación, el RLIE establece siete diferentes categorías.

---

<sup>61</sup> Luis Miguel Díaz González, *Op. cit.*, pp. 41-42.

La primera consiste en nuevas áreas de actividad económica. Los inversionistas extranjeros pueden participar en cualquier proporción dentro del capital social de las empresas, sin la autorización de la SECOFI en aquellas actividades no incluidas en el anexo de la CMAP incorporada en el mismo reglamento, mediante su inscripción en el RNIE y el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) Inversión en activos fijos no superior a los 100 millones de dólares (monto sujeto a revisión periódica por parte de la CNIE). 2) Financiamiento del proyecto con recursos del exterior. 3) La nueva inversión se realice fuera de las zonas de mayor concentración industrial. 4) El inversionista sostenga un saldo de equilibrio en su balanza de divisas durante los tres primeros años de operación. 5) Que el inversionista cree empleos permanentes y programas de capacitación a sus trabajadores. 6) Uso de tecnología adecuada no contaminante.<sup>62</sup>

También dicho instrumento permite, sin requerir la autorización previa de la SECOFI, ampliar la actividad de las empresas con capital extranjero ya instaladas en el país (mediante la apertura de nuevos establecimientos), incursionar en nuevos campos de actividad o fabricar nuevos productos, cuando la inversión se realice por medio de *maquiladoras* altamente exportadoras o de comercio exterior.

Entre la fecha de expedición del RLIE y diciembre de 1991 se observó un creciente interés, por parte de los inversionistas extranjeros, en utilizar el régimen de autorización automática previsto en los artículos 5° y 6°. Durante ese lapso, de las 7, 203 solicitudes de inversión recibidas, únicamente 751 (10.4%) se sometieron a

---

<sup>62</sup> De acuerdo con Luis Miguel Díaz las otras seis categorías agrupan 141 actividades económicas: "La primera incluye 12 actividades reservadas exclusivamente al Estado. La segunda se compone de 34 actividades reservadas a mexicanos. La tercera agrupa 4 actividades en las que se permite la participación de la inversión extranjera hasta con el 34% del capital de las sociedades. La cuarta abarca 8 actividades en las que se permite la participación foránea hasta el 40 por ciento del capital de sociedades. La quinta comprende 25 actividades en las que se permite la participación de la inversión extranjera hasta con el 49% del capital de sociedades. La última se refiere a 58 actividades que requieren la resolución previa de la CNIE para que la inversión extranjera participe en forma mayoritaria". *Op. cit.*, p. 43.

consideración de la CNIE, se constituyeron 2, 028 nuevas sociedades con capital extranjero, de las cuales 1, 887 (93%) hicieron uso de los trámites automáticos que para tal efecto prevé el reglamento.<sup>63</sup>

Hacia principios de 1993, casi la mitad de los proyectos de inversión en México emprendieron el régimen automático (4,551), puesto que la mayor parte de los restantes eran coinversiones con participación extranjera minoritaria (2,658) o realizados mediante fideicomiso (3,559). De los 1,306 proyectos sometidos a la CNIE para evaluación, se aprobaron casi todos, excepto 14.<sup>63 bis</sup>

Asimismo, por medio del RLIE, se agiliza el tiempo de resolución de las solicitudes turnadas a la CNIE, al indicar un plazo de 45 días hábiles para responder a los proyectos de inversión realizados ante la misma. Se entiende que si no hubiera contestación, se considerará resuelta favorablemente. No está de más recordar que anteriormente la misma aprobación podía durar hasta 365 días hábiles.<sup>64</sup>

Si bien el RLIE respondió a lo que está aconteciendo en otros países, son pertinentes algunas observaciones. Se recogen las limitaciones del artículo 27 constitucional en lo que respecta a las prohibiciones de extranjeros en fronteras y costas ("zona prohibida"). Como antes afirmamos, esta disposición respondió a una etapa histórica en la cual era necesaria esta restricción en fronteras terrestres y marítimas y así evitar invasiones extranjeras. Sin embargo hoy es poco adecuada puesto que conlleva trámites y costos innecesarios. Por ello para no evadir tal prohibición de manera general y sí regular las excepciones que se justificaran por interés nacional, surgió el *fideicomiso*

---

<sup>63</sup> Nacional Financiera, "Tendencia reciente de la inversión extranjera en México", en *El mercado de valores*, núm.7, 15 de abril de 1992, México.

<sup>63 bis</sup> SECOFI, Dirección General de Inversión Extranjera, *Evolución de la inversión extranjera en México*, marzo de 1993, cuadro núm. 7.

<sup>64</sup> Sergio Palaker, "La inversión extranjera en México", en *El trimestre económico*, IV trimestre de 1990, FCE, México, p. 300.

para permitir la adquisición de bienes inmuebles en esa área, desde entonces el reglamento llama a la área en comento "Zona Restringida".

El RLIE amplió las modalidades del fideicomiso pues ya no sólo servirá para adquirir el uso de bienes inmuebles en la zona restringida, sino también para adquirir acciones de sociedades con cláusula de exclusión de extranjeros y derechos de participación de acciones de sociedades en la bolsa de valores, así como para realizar nueva inversión extranjera temporal prevista en el propio reglamento. Los fideicomisos deben ser registrados y aprobados por la SRE, con una duración de 30 años prorrogables por un período similar. Dicha figura pretende lograr un impacto favorable sobre la inversión en el sector de las maquiladoras y el turismo, debido a la localización geográfica preferente donde se realizan estas actividades.

Otros instrumentos novedosos del RLIE son los fideicomisos de inversión temporal y neutra. En el primero se prevé la participación directa de inversión extranjera en actividades restringidas parcial o totalmente a extranjeros, cuando los recursos se destinen a apoyar empresas que demuestren estar en una difícil situación financiera --sin que estas hayan podido obtener financiamiento de inversionistas nacionales--, y/o las empresas realicen nuevas inversiones para aumentar su producción o modernización tecnológica. Tales fideicomisos de *aportación temporal* serán sometidos a la aprobación de la CNIE y tendrán una duración máxima de 20 años.

En relación con los fideicomisos de *inversión neutra*, se abre la posibilidad de que las empresas mexicanas que cotizan en la Bolsa Mexicana de Valores emitan series "N" (neutras) o cambien series "A" (mexicanas) por series "N", las cuales podrán ser adquiridas por extranjeros. En ambos casos, el fiduciario (por lo general un banco) adquiere los derechos corporativos y pecuniarios de las mismas, en tanto los inversionistas reciben del fiduciario certificados de participación ordinaria no

amortizables, los cuales no otorgan derechos corporativos a sus tenedores. Este tipo de instrumento requiere la aprobación de la CNIE.

Vemos como de esta manera el inversionista extranjero puede incursionar en actividades antes reservadas a mexicanos y destinar sus recursos a las actividades que más les interesen, en tanto que las empresas emisoras obtienen recursos frescos, manteniendo el control de la administración de la empresa y el acceso a mercados financieros no saturados. Importante es destacar que el régimen de inversión neutra ha fomentado ampliamente el ingreso de inversión de cartera a través de la Bolsa Mexicana de Valores, con las riesgos que ésta puede traer a la economía del país en virtud de su volatilidad.

En el marco del fomento a la IED, se creó por medio del reglamento el Comité para la Promoción de la Inversión en México, cuyas funciones esenciales son: 1) Establecer las bases para la implantación de la estrategia de promoción integral e institucional de la inversión nacional y extranjera que se desarrolle concertadamente por los sectores público, social y privado. 2) Integrar un directorio de inversionistas nacionales dispuestos a asociarse con sus homólogos extranjeros. 3) Elaborar un catálogo de propuestas o proyectos de inversión extranjera.

Otra modificación importante que regula el RLIE es la reducción de las secciones de inscripción del RNIE a sólo tres (de las personas físicas o morales extranjeras, de las sociedades y de los fideicomisos), en contraste con las cinco antes existentes.

Finalmente, el conjunto de normas y modificaciones contempladas en el RLIE muestra una nueva etapa del fenómeno de *desregulación*, apertura y promoción al ingreso de capitales extranjeros al país, manteniendo la rectoría del Estado y su actividad exclusiva en ciertas ramas y sectores reservados (extracción de petróleo y gas natural,

metales radioactivos, fabricación de petroquímicos básicos, acuñación de moneda, energía eléctrica, etc.).

Este instrumento responde a las nuevas tendencias de apertura comercial internacional, a una amplia permisión y a la realidad económica de México, no obstante que varios inversionistas estaban preocupados pues el RLIE iba más allá de lo expuesto por la LIMRE del 73 y, por lo tanto, aquél era ilegal pues ningún reglamento puede superar la ley que regula. Era necesaria la expedición de una nueva ley que diera mayor certidumbre a la inversión extranjera pues un reglamento no debería infringir una ley ordinaria.

### **2.4.3. La nueva Ley de Inversión Extranjera**

Después de más de 20 años de aplicación de la LIMRE de 1973 y con el objeto de establecer un nuevo marco normativo para promover la IED en México, el 15 de diciembre de 1993 se promulgó la nueva Ley de Inversión Extranjera (LIE)<sup>65</sup>. Esta decisión respondió en gran medida a la discutida disparidad entre el RLIE y la antigua Ley, además a los compromisos que el país había adquirido con la firma del TLCAN.

Carlos Bazdresch <sup>66</sup> considera que a pesar de que la nueva Ley liberaliza el acceso de la IED a la economía nacional, de ninguna manera se sacrificarían las restricciones y el control del Estado sobre la IED, exponiendo al país a la extracción de rentas monopólicas y a la pérdida de control nacional sobre ciertos sectores estratégicos, a fin de atraer más inversión. De hecho se mantienen varias restricciones constitucionales y algunas de la ley anterior, las cuales también se integraron en los anexos del TLCAN por medio de las reservas correspondientes.

---

<sup>65</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 27 del propio mes y año.

<sup>66</sup> "La nueva Ley de Inversión Extranjera", en Carlos Arriola (coord.), *Testimonios sobre el TLC*, Diana-Porrúa, México, 1994, p. 168.

En general la nueva LIE se orienta fundamentalmente a eliminar procedimientos discrecionales que propician incertidumbre entre los inversionistas, permitir la apertura a la IED en aquellas actividades donde se considera necesaria y benéfica para el desarrollo nacional, instituir obligaciones y conceder facultades precisas a las autoridades competentes en la materia, así como simplificar los trámites administrativos.

La LIE consta de 39 artículos, agrupados en 8 títulos, además de 11 transitorios. Destaca el artículo 4º que establece que la IE podrá participar en cualquier proporción en el capital social de sociedades mexicanas, adquirir activos fijos, ingresar a nuevos campos de actividad económica, desarrollar o ampliar establecimientos, excepto por lo dispuesto en la propia ley, para lo cual tendrá que cumplir con la obligación de registrarse y mantener informado anualmente al RNIE sobre los datos básicos de su actividad económica. Se deduce de esto la autorización a los inversionistas extranjeros para constituir sociedades mexicanas hasta con 100% de capital foráneo, sin condición alguna salvo lo dispuesto en los artículos 5 a 8. También se permitirá la adquisición de activos fijos, es decir, "bienes o recursos tangibles no destinados directamente al cambio y sujetos fiscalmente a amortización y depreciación tales como: inmuebles, instrumentos y vehículos, valores permanentes, etc."<sup>67</sup>

Destaca también la intención de brindar un trato nacional a la inversión extranjera, ampliando los sectores y proporciones en que puede participar aun cuando, según lo dispuesto en la Constitución, señala restricciones en sectores específicos reservados al Estado ( art. 5)<sup>68</sup>, a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de

---

<sup>67</sup> Francisco José Cruz González, "Inversión extranjera directa", en *Revista Jurídica*, tomo II, núm. 10, Universidad Iberoamericana, México, 1978, p. 455.

<sup>68</sup> Se encuentran incluidas las siguientes áreas: Petróleo y demás hidrocarburos, petroquímica básica, electricidad, generación de energía nuclear, minerales radioactivos, comunicación via satélite, telégrafos, radiotelegrafía, correos, ferrocarriles, emisión de billetes, acuñación de moneda, control de puertos, aeropuertos, helipuertos, además de las demás que leyes correspondientes.

exclusión de extranjeros ( art. 6)<sup>69</sup> . Asimismo, se indican actividades económicas en donde la participación extranjera puede ser hasta de 10 <sup>70</sup> , 25 <sup>71</sup> , 30 <sup>72</sup> o 49% <sup>73</sup> (art. 7), además de aquellas en las que, previa resolución favorable de la CNIE, la participación pueda rebasar 49% <sup>74</sup> (arts. 8 y 9).

En general, las actividades restringidas abarcan propiedad inmueble, recursos naturales estratégicos, al sector financiero, de transporte y las de comunicación masiva. En tanto el inversionista desarrolle sus actividades fuera de la zona restringida tiene una gran libertad de acción, siempre y cuando cumpla con la obligación de informar y no trate de adquirir la mayoría de alguna empresa mexicana. A reserva de lo anterior, la libertad que otorga el artículo 4 de la LIE es muy amplia.

Cabe hacer mención que en la LIE los criterios a considerar por parte de la CNIE para autorizar la inversión extranjera se redujeron de diecisiete a sólo cuatro: 1) Impacto sobre el empleo y capacitación de los trabajadores. 2) Contribución tecnológica. 3) Cumplimiento de normas en materia ambiental. 4) En general, la aportación para incrementar la competitividad de la planta productiva del país (art. 29).

---

<sup>69</sup> Incluyen: Transporte terrestre nacional de pasajeros, turismo y carga; comercio al por menor de gasolina y distribución de gas licuado de petróleo; servicios de radiodifusión y otros de radio y televisión, distintos de televisión por cable; uniones de crédito; instituciones de banca de desarrollo de acuerdo con la ley aplicable; prestación de servicios profesionales y técnicos que expresamente señalen las leyes aplicables.

<sup>70</sup> Se aplica a lo relativo a sociedades cooperativas de producción.

<sup>71</sup> Abarca transporte aéreo nacional, transporte en aérotaxi y transporte aéreo especializado.

<sup>72</sup> En sociedades controladoras de agrupaciones financieras (*holdings financieras*); instituciones de crédito de banca múltiple; casas de bolsa y especialistas bursátiles.

<sup>73</sup> Agrupa sectores tales como: instituciones de seguros y fianzas, casas de cambio, entre otras instituciones financieras y bursátiles; fabricación y comercialización de cartuchos, armas de fuego, cartuchos y fuegos artificiales; impresión y fabricación de periódicos de circulación nacional; televisión por cable; servicios de telefonía básica; pesca; servicios conexos al sector de ferrocarriles, entre otras.

<sup>74</sup> Se considerará las siguientes actividades y sociedades: servicios portuarios a las embarcaciones; sociedades navieras dedicadas a la explotación de embarcaciones sólo en el tráfico de altura; administración de terminales aéreas; servicios primarios de educación preescolar, primaria, secundaria, media superior, superior y combinados.; servicios legales; agentes de seguros; sociedades de información crediticia; instituciones calificadoras de valores; telefonía celular; construcción de ductos para la transportación de petróleo y sus derivados y perforación de pozos petroleros y de gas.

Un aspecto adicional es el mecanismo llamado *inversión neutra*. Este como ya se vió, aparecía en el RLIE, pero beneficiaba solamente a las grandes sociedades que cotizaban en bolsa. En la LIE se permite que las sociedades mexicanas que debido al monto de sus operaciones no coticen sus acciones en el mercado bursátil, puedan hacer uso de este mecanismo para obtener recursos externos del gran público inversionista sin la pérdida de control de dichas sociedades por parte de inversionistas mexicanos.<sup>75</sup>

La nueva LIE reconoce en el capítulo XI del TLCAN una de sus fuentes de inspiración más recurridas, pues se afirma que México ha emprendido una política no discriminatoria, apertura sectorial mayor y no impone requisitos de desempeño (salvo los contemplados en la Constitución).

En síntesis, puede afirmarse que los cambios observados en el marco normativo de la inversión extranjera se han acentuado durante la década de los noventa, procurándose establecer reglas claras respecto a la operación de los capitales extranjeros en el país en concordancia con la necesidad de atraer mayores flujos de inversión, en un escenario mundial caracterizado por la escasez de recursos.

---

<sup>75</sup> Vid. Título V de la Ley.

## CAPÍTULO 3

### MÉXICO EN EL ENTORNO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

#### 3.1. Consideraciones preliminares

La creciente multiplicación de las relaciones entre los Estados, la conformación de bloques comerciales y la globalización son una característica de los últimos tiempos. Apunta Henry Kissinger: "...la seguridad de las naciones ha dejado de definir nuestros peligros o nuestras posibilidades...estamos ingresando en una nueva era. Los viejos modelos internacionales están desmoronándose: los viejos *slogans* carecen de sentido; las viejas soluciones son inútiles. El mundo se ha vuelto interdependiente en economía, en comunicaciones, y en el campo de aspiraciones humanas".<sup>1</sup>

En virtud de que ningún país puede quedar aislado de este proceso, México se ha adentrado en esta tendencia aperturista. Los esfuerzos de los Estados deben encaminarse a instrumentar leyes y mecanismos adecuados con este proceso integracionista y la inversión extranjera directa (IED) se encuentra en este marco.

Para entender cabalmente el régimen de IED en México a la luz del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) es necesario considerar no sólo las disposiciones de éste instrumento de una manera aislada sino penetrar en las fuentes de inspiración, los tratados previos, las normas jurídicas internacionales y los diferentes

---

<sup>1</sup> "A New National Partnership", Discurso del Secretario de Estado Henry Kissinger en los Angeles el 24 de enero de 1975, *New Release Department of State Bureau of Public Affairs Office*, p. 1.

principios sobre la materia que dieron origen al mismo. De la misma forma es importante analizar las instituciones e instrumentos jurídicos internacionales relacionados, a muchos de los cuales el propio tratado expresamente remite.

Resulta fundamental el estudio de los medios internacionales de solución de controversias internacionales en materia de inversión, en especial el arbitraje internacional, ya que en el TLCAN se estableció un amplio sistema sobre la materia, tomando como base números tratados, convenciones e instituciones internacionales y a muchos de los cuales hace referencia. La posición mexicana ha cambiado aceptando cada vez más estos mecanismos pues México es signatario de varias convenciones que incluyen arbitraje para el arreglo de disputas. Una de los motivos que mantuvieron a nuestro país al margen de tratados de inversión era precisamente el evitar recurrir a estos mecanismos pues implicaba o implica la violación de la Cláusula Calvo, otra razón fue la experiencia histórica amarga que se había vivido en relación con la actitud de los inversionistas extranjeros y las grandes potencias que condujeron a la conformación un régimen legal nacionalista en relación con la IED.

Pero en los últimos años se presencia en México un giro radical de actitud y se ofrece amplia libertad y seguridad jurídica al capital foráneo no sólo en su legislación interna sino también en tratados internacionales como lo es el TLCAN. Lo anterior permitirá la innovación y recepción de influencias jurídicas externas en interacción con el derecho interno.

### **3.2. Normas y principios internacionalmente reconocidos en materia de inversión extranjera**

Las normas y principios que deben tomarse en cuenta para la interpretación jurídica de una IED se encuentran distribuidos en tratados bilaterales y multilaterales, regionales y universales.

Los esfuerzos por establecer reglas internacionales ampliamente aceptadas relativas al tratamiento de extranjeros, ha sido un esfuerzo de varios países, tanto de los exportadores de capital para otorgar garantías a sus inversiones, como de los receptores para limitar los derechos de los mismos. Sin embargo no existe un derecho universalmente aplicable a las inversiones extranjeras.

La inversión extranjera se encuentra sometida en principio al régimen interno del país anfitrión, pero el aumento de los flujos internacionales de capitales derivado de las empresas transnacionales (ET's) y los inversionistas de los países industrializados han presionado para incrementar la garantía a sus inversiones basando su defensa en lo que consideraban agresiones de los países receptores, en su fortaleza económica y en la protección diplomática, muchas ocasiones violenta. A escala internacional se han desarrollado dos corrientes divergentes sobre el establecimiento de normas relativas a inversión y el comportamiento de las ET's. Los países en desarrollo propugnaron por normas que impidieran el comportamiento ilícito de la inversión extranjera y el respeto a su soberanía para establecer límites a la entrada, establecimiento y repatriación de capitales. En tanto que los países desarrollados impulsaron las normas en favor de la libertad de radicación, flujo y repatriación de capitales, así como mayores garantías a sus inversiones. En el ámbito nacional, diversos países promulgaron leyes orientadas a controlar las actividades de la IED en su territorio. No obstante, el fenómeno de la IED traspasa las fronteras por su propia naturaleza y muchas de las legislaciones nacionales no respondían a las complejas variables que ésta implica.

Se han formulado de la misma manera regímenes regionales como lo son el Código de Conducta de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos en el seno de la OCDE que incluye una serie de reglas mínimas sobre el comportamiento que deben mantener las corporaciones internacionales. La Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados aprobada por la Asamblea General de las Naciones

Unidas en 1974 que da la facultad a los Estados para reglamentar y controlar la IED de manera unilateral y discrecional.<sup>2</sup>

Asimismo, la celebración de tratados bilaterales sobre inversión ha proliferado en los últimos años fundamentalmente por iniciativa de los países desarrollados liderados por Estados Unidos para asegurar sus inversiones. Los mismos contienen normas que determinan quienes son los sujetos a quienes se aplican ya sean los Estados, los inversionistas privados, las organizaciones internacionales y las relaciones entre los mismos, incluyendo los derechos, obligaciones y materias que los Estados consideran más importantes. Comúnmente los Estados contratantes establecen disposiciones que aseguran un trato justo y equitativo para las inversiones de sus nacionales. Ejemplo de este tipo de tratado es el Acuerdo de Libre Comercio Estados Unidos - Canadá de 1989 que contiene cuatro elementos básicos para el trato a la inversión: trato nacional, reserva de ciertos sectores básicos para cada Estado, el mantenimiento de mecanismos de revisión nacionales y la prohibición de requerimientos de desempeño.<sup>3</sup>

Los tratados multilaterales sobre inversión, en cambio, han enfrentado diversos problemas, no han tenido el mismo éxito pues no existe un tratado universal en la materia equivalente al GATT ya que las diferencias de desarrollo económico entre los países exportadores de capital y los receptores implican intereses contrarios entre los mismos al momento de ofrecer condiciones de reciprocidad pues las diversas normas nacionales relativas a IED varían de un país a otro en virtud de políticas, tradiciones jurídicas, históricas y económicas disímiles. Sin embargo han habido intentos para establecer normas de reconocimiento universal en instrumentos como el Código

---

<sup>2</sup> Jaime Álvarez Soberanis, *El régimen jurídico y la política en materia de inversiones extranjeras en México*, Themis, México, 1991, p. 543.

<sup>3</sup> Luis Miguel Díaz González Rubio, *Globalización de las inversiones extranjeras: Nuevos aspectos jurídicos*, Themis, México, 1989, p. 18. Vid. Steven Globerman y Michael Walker (coords.), "Panorama general", en *El TLC: Un enfoque trinacional*, FCE, colecc. Obras de Economía Contemporánea, México, 1994, p. 23.

Internacional de Conducta para las Empresas Transnacionales impulsado por los países en vías de desarrollo, sobre todo latinoamericanos, a partir de la década de los setenta que aunque no tuvo el éxito esperado, sí logró establecer un precedente para futuros tratados relacionados con la materia.

En la actualidad es interesante ver que las dos posiciones en relación con la IED tienden a unirse en virtud de la competencia de todos los países por atraer flujos de capital extranjeros. La posición de que el gobierno necesita regular discrecionalmente la IED y el sostener una actitud paternalista para proteger la inversión nacional de la competencia extranjera cede ante la posición que sostiene que la inversión extranjera debe regirse por las leyes del mercado, ésta última se sustenta en que la IED es necesaria para el desarrollo de la economía nacional vía generación de empleos, proporcionando recursos frescos del exterior y aportando nuevas tecnologías a los países anfitriones, con lo cual los extranjeros se les otorgará igualdad ante los nacionales y la intervención del Estado se reduce.<sup>4</sup>

Existen normas jurídicas fundamentales que se desprenden de los diferentes tratados sobre inversión extranjera y que a continuación se referirán.<sup>5</sup>

### 3.2.1. La cláusula sobre la *nación más favorecida*

Es un principio mediante el cual las concesiones o términos más favorables que un país concede a los inversionistas de otro Estado en circunstancias similares, sea o no parte del tratado, son extendidos automáticamente al resto de los socios comerciales que tengan ese mismo *status*.

---

<sup>4</sup> Luis Miguel Díaz, *Op. cit.*, p. 23.

<sup>5</sup> Los datos que se enuncian se basaron en los siguientes textos: United Nation Center on Transnational Corporations, *Bilateral Investment Treaties*, Graham & Trotman Limited, London, England, 1988, pp. 41-45. Luis Miel Díaz, *Op. cit.*, p.51 y ss. David Gantz, "Las inversiones extranjeras en el TLCAN", en *Resolución de controversias comerciales en América del Norte*, pp. 153-155.

### **3.2.2. La cláusula de *trato nacional***

Establece que cada Parte de un tratado deberá considerar a las personas físicas o jurídicas procedentes de otro país de la misma manera que a las nacionales. Se asegura que los extranjeros recibirán el mismo trato que los nacionales, sin embargo no significa una prohibición absoluta pues los poderes de un país podrán regular la inversión extranjera como lo consideren más conveniente por razones de seguridad nacional, incentivos a la industria local, políticas de inmigración, entre otras. La idea básica es evitar actos discriminatorios de los países contra los extranjeros sólo por su origen, sin tener una justificación legítima al establecer una restricción.

### **3.2.3. *Trato justo e imparcial***

Significa que los países huéspedes se abstendrán de restringir la participación en cualquier actividad que tenga como resultado la discriminación o pudiera causar perjuicio a los inversionistas y sus inversiones. De la misma manera el propio país receptor no deberá permitir la ejecución de actividades que dañen o lesionen las posesiones de los extranjeros en su territorio. Este principio incluye el trato justo y equitativo del Estado a los inversionistas y sus inversiones de acuerdo con el derecho internacional, además de dar protección y seguridad a las mismas, no será invalidado o restringido por cualquier acción gubernamental.

### **3.2.4. Eliminación de *requisitos de desempeño***

Su fin es evitar que los Estados contratantes establezcan condiciones relativas a inversión como son la utilización de insumos locales, limitación en las ventas nacionales, requisitos sobre cantidades determinadas de exportación, adquirir o dar preferencia a bienes o servicios producidos en el territorio, entre otros.

### 3.2.5. Garantías de *convertibilidad* y *repatriación de utilidades de inversión y ganancias*

Los países Partes de los tratados se comprometen a permitir la libre transferencia de ganancias, dividendos, intereses y otras utilidades derivadas de las inversiones de los inversionistas extranjeros fuera del país considerando el tipo de cambio vigente al momento de la transferencia.

### 3.2.6. Acceso a utilizar el *arbitraje internacional* como medio pacífico de solución de controversias

Siendo un tópico central de este trabajo y en virtud de un tratamiento amplio más adelante, quepa hacer aquí algunas acotaciones relacionadas. Se considera uno de los elementos básicos del Estado es la soberanía, razón por la cual en el derecho internacional se ha forjado la *doctrina de la inmunidad soberana* a través de la cual los tribunales de un país renuncian a la facultad de examinar legalmente los actos de Estados extranjeros.

Pero la distinción entre *iure imperii* e *iure gestionis* ha tenido como consecuencia una aplicación restrictiva de esa doctrina. De esta manera, los actos públicos del Estado son inmunes a cualquier juicio por autoridades extranjeras, pero no los actos del Estado mediante los cuales participa en cuestiones comerciales o actividades de derecho privado con individuos. Según Luis Miguel Díaz: "Esta distinción resulta necesaria y justa a fin de que los individuos que lleven negocios económicos con los Estados puedan, en un momento dado, demandarlos ante órganos judiciales o arbitrales. Este derecho trae como consecuencia que el Estado demandado deba responder ante el órgano competente sin que ello signifique un desafío a un acto soberano de un Estado".<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Luis Miguel Díaz, *Op. cit.*, p. 67.

El arbitraje comercial internacional ha tomado una fuerza sin precedentes derivada de la globalización e interdependencia de la economía en la escena mundial, en materia de inversiones es importante el arbitraje puesto que constituye un medio efectivo para resolver controversias surgidas de las violaciones sobre las normas de inversión extranjera establecidas en los diferentes tratados.

### 3.2.7. Cláusulas de escape

Son las diversas excepciones o reservas introducidas por las Partes para alcanzar flexibilidad en la aplicación de los tratados y que se establecen para salvaguardar sectores prioritarios reservados total o parcialmente a nacionales o al propio Estado, derivados fundamentalmente de disposiciones constitucionales. Aunque también se incluyen reservas para evitar la derogación o abrogación de principios fundamentales en otras áreas como son la solución de controversias internacionales, la facultad de revisión de la entrada de inversión extranjera por los órganos nacionales pertinentes, entre otras limitantes.

### 3.2.8. Riesgos políticos

Existen otras disposiciones jurídicas importantes relacionadas con el llamado *riesgo político* que toda IED conlleva. El concepto de "riesgo político" se ha desarrollado y tratado en algunos casos de conflictos internacionales, en donde se han determinado varios principios jurídicos que en la actualidad son importantes precedentes sobre el tema de la protección y seguridad de la IED. Tal vez el precedente clásico lo constituye el caso de la *Barcelona Traction, Light & Power Co.* desarrollado y decidido por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en 1970.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Vid Joaquín Contreras Garza, "Algunas consideraciones sobre la protección de la inversión extranjera directa a la luz del derecho internacional privado", en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, 1995, pp. 150-153.

De este y otros casos, así como de resoluciones generales de Naciones Unidas y de varios instrumentos de derecho internacional se desprenden principios sobre el tema de protección a la IED. En el caso del riesgo político, éste se concibe como cualquier evento, acto, acontecimiento o hecho jurídico cuya realización está fuera de la voluntad del inversionista y que tiene como efecto jurídico afectar o privar al inversionista extranjero de los derechos sobre su inversión, incluyendo los casos de expropiación, guerras, revueltas civiles, devaluaciones o riesgos por inconvertibilidad de la moneda, entre otros.

### 3.2.9. Expropiación

La expropiación, es decir el desposeimiento legal de una propiedad, es un importante riesgo para todo inversionista que decide invertir en otro Estado, pero también es un asunto controvertido en el derecho internacional pues mientras un punto de vista busca por un lado limitar los derechos de los Estados para expropiar o nacionalizar los bienes de los extranjeros, por el otro existe una corriente que se concentra en los términos en que debe pagarse la propiedad afectada. El primer enfoque es sostenido por los países desarrollados, en tanto que el segundo por los países en vías de desarrollo.

Sin embargo los elementos que han sido reconocidos por el derecho internacional para que la expropiación sea válida son: el *acto de intervención* y la *compensación o indemnización*.

El acto de intervención es un acto de gobierno o de imperio, mediante el cual "el Estado afecta o impone a un particular la cesión de su propiedad por existir una causa de utilidad pública".<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 152.

El acto típico de expropiación se realiza mediante un acto concreto del Estado, ya sea con una disposición legislativa o un decreto del poder ejecutivo (expropiación de *iure* en donde es clara la intención o voluntad del Estado por realizar tal acto). También existe la expropiación indirecta, progresiva o de *facto* en la que el acto expropiatorio no es claro y se define como "toda acción gubernamental que demuestre una intención por privar a un inversionista de sus derechos corporativos, pecuniarios, reales sobre una determinada inversión y que tenga como consecuencia jurídica dicha privación...".<sup>9</sup>

En relación con el concepto de indemnización o compensación existen dos posiciones. Los países desarrollados consideran que "la indemnización debe ser 'pronta, adecuada y efectiva', tomando como variable para establecer el precio del bien expropiado el llamado 'valor justo del mercado', que se fijará tomando como referencia diversos criterios entre ellos, el valor comercial del bien y el valor catastral. Por otra parte se encuentra el criterio establecido por el derecho internacional, que señala que la indemnización debe ser 'apropiada', término que no es aclarado con certeza, pero que la legislación doméstica de cada país reglamenta".<sup>10</sup>

En el caso de México es importante aclarar que para ajustarse a los compromisos comerciales internacionales, específicamente del TLCAN, se reformaron varios artículos de la Ley de Expropiación<sup>11</sup> de los cuales cabe destacar el artículo 10 que prevé: "El precio que se fijará como indemnización por el bien expropiatorio, será equivalente al valor comercial que se fije sin que pueda ser inferior, en el caso de bienes inmuebles, al valor fiscal que figure en las oficinas catastrales o recaudadoras". Mientras que el artículo 20 determina que la indemnización deberá pagarse en el término de un año a partir de la declaratoria de expropiación. El artículo 2, párrafo 2º, condiciona la

---

<sup>9</sup> *Idem*.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 154.

<sup>11</sup> Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, "Decreto que reforma, adiciona y deroga disposiciones de diversas leyes relacionadas con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte", en *Diario Oficial de la Federación*, 22 de diciembre de 1993, pp. 42-43.

aplicación de la Ley, la cual se hará sin perjuicio de los tratados internacionales de que México sea parte, y en su caso, en los acuerdos arbitrales que se celebren.

### 3.3. Medios internacionales de solución de controversias

En la época contemporánea los mecanismos de solución pacífica de controversias internacionales es una práctica cada vez más recurrida entre los Estados. "Afortunadamente parece ser que las amargas experiencias de intervención bélica y de 'diplomacia cañonera' que tanto padecimos a través de incesantes reclamaciones a través del siglo XIX y primera década del siglo actual, han pasado a los anales de la historia".<sup>12</sup>

Las necesidades de dar dinamismo a las relaciones económicas y para evitar que las controversias internacionales afecten las relaciones entre los Estados se han desarrollado instituciones, tratados y mecanismos de cooperación para resolver estas diferencias derivadas de la mayor interdependencia.

Tanto el arbitraje comercial internacional como los otros medios autocompositivos han cobrado fuerza debido a: 1) Una decadente impartición de justicia estatal (desfate de los jueces en relación con los cambios científico - tecnológicos, burocracia, corrupción, conservadurismo, carencia de confidencialidad por el carácter público de la misma). 2) Legislación desfasada en relación con la realidad internacional. 3) Imposibilidad del Estado para resolver litigios internacionales (ello en razón de que la legislación nacional se encuentra ligada y en interacción con diversas convenciones, leyes y órganos jurisdiccionales internacionales). 4) Necesidad de una más amplia

---

<sup>12</sup> José Luis Siqueiros, "La resolución de controversias en el Tratado Trilateral de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá", en *Revista de Derecho Privado*, año 2, núm. 6, México, sept-dic de 1991, pp. 656-657.

armonía entre las partes (en el arbitraje el poder no se centraliza en el juzgador sino que se comparte entre todos los sujetos del proceso, tanto en los sujetos de decisión como en los sujetos de litigio). 5) Justicia estatal retardada (mientras que los procesos arbitrales son ágiles, eficientes y *ad hoc* a los crecientes procesos económicos internacionales sumamente dinámicos, los órganos jurisdiccionales de los Estados no han podido solucionar adecuadamente los problemas que se le encomiendan en estas mismas materias).<sup>13</sup>

Como queda apuntado las razones de la preferencia en el arreglo extrajudicial, es decir, el uso de métodos alternativos para la solución de controversias en las transacciones económicas internacionales fuera de las cortes judiciales nacionales, son la flexibilidad, confidencialidad y rapidez del procedimiento, así como la neutralidad y experiencia de un tercero que puede intervenir en el mismo. Ello se refuerza también por el hecho de que existen tantos sistemas jurídicos como países hay en el mundo, lo cual implica la necesidad de armonización jurídica internacional de impulsar la seguridad de las partes involucradas mediante la selección de los procedimientos que regularán las relaciones jurídicas.<sup>14</sup>

Es importante considerar que aunque las partes resuelvan sus problemas mediante estos métodos alternativos, pueden necesitar de una corte para ejecutar la decisión emanada del método empleado (homologación).

Existe una gran variedad de procedimientos alternativos de solución de controversias previstas en los sistemas legales nacionales, el derecho internacional, las organizaciones internacionales, y en la práctica y los usos de las relaciones económicas

---

<sup>13</sup> Jorge Alberto Silva, *Arbitraje comercial internacional en México*, Perezniato Editores, México, 1994, pp. 2-8.

<sup>14</sup> Fernando Serrano Migallón, "El mecanismo de solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte", en *Resolución de controversias comerciales en América del Norte*, (coord. Jorge Witker), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1994, pp. 67-68.

internacionales. Se inicia un fenómeno que tiende a la unificación de los diferentes sistemas jurídicos, los países revisan sus legislaciones y prácticas para hacerlas menos formales y más eficaces.<sup>15</sup>

Una controversia consiste en una clase de desacuerdo entre dos o más partes respecto de una relación previamente existente entre ellas a la luz de sus intereses. De manera amplia es "un desacuerdo específico concerniente a un asunto de hecho, derecho o política en el cual la reclamación o afirmación de una parte es respondida con una negativa, una contrarreclamación o negación de la otra".<sup>16</sup>

Una controversia internacional existe cuando el desacuerdo envuelve gobiernos, instituciones, personas jurídicas o personas privadas en diferentes partes del mundo, debido a que todos estos agentes participan en transacciones económicas internacionales y pueden surgir controversias entre cualquiera de ellos.<sup>17</sup>

Los métodos más empleados en el arreglo de controversias fuera de las cortes son, de acuerdo a su formalidad son: la consulta, la negociación, los buenos oficios, la investigación, la mediación, la conciliación y el arbitraje. Estos métodos son aplicables a toda disputa y se puede emplear uno de ellos o varios, de forma sucesiva o simultánea. También se pueden aplicar a controversias entre Estados o entre particulares o entre ambos.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Christine L. Thieffry, "Negotiating Settlement of Disputes Provisions in International Business Contracts: Recent Development in Arbitration and other Processes", en *The Business Lawyer*, vol. 45, núm. 2, 1990, p. 577.

<sup>16</sup> Peter Behrens, "Alternative Methods of Dispute Settlement in International Economic Relations", en *Adjudication of International Trade Disputes in International and National Economic Law*, PUPIL, vol. 7, University Press Fribourg Switzerland, 1992, p. 5.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>18</sup> Jorge Witker V., "Panorama general de solución de controversias en el comercio internacional contemporáneo", en *Resolución de controversias...* p. 18.

### **3.3.1. Consulta**

Es una forma de negociación cuya función primordial es prevenir el surgimiento de una controversia mediante el intercambio de información y de opiniones sobre una situación particular para tratar de llegar a un arreglo.<sup>19</sup> La consulta es muy recurrida antes de adentrarse en negociaciones más formales, está prevista en acuerdos internacionales como el GATT, aunque también se utiliza en transacciones económicas internacionales entre partes privadas. Estos últimos en varios contratos establecen una cláusula que contempla encuentros periódicos entre las partes para analizar la evolución de la relación contractual.

### **3.3.2. Negociación**

Es el más espontáneo, directo y usado de todos los métodos para el arreglo de controversias de manera directa, de Estado a Estado, por medio de las vías diplomáticas comunes (representaciones diplomáticas, conferencias y representaciones especiales). Las negociaciones son requisito previo antes de acudir a otros medios, se busca una solución que satisfaga a ambas partes mediante la cooperación, no la confrontación.<sup>20</sup>

### **3.3.3. Buenos oficios**

Se emplean cuando las partes en controversia no pueden resolver la misma entre ellos, interviene entonces un tercero quien ofrece sus buenos oficios para aproximar a las partes, evitar que se agrave la situación y convencerlas de aceptar algún método de solución pacífica de controversias, generalmente se insta a reanudar negociaciones, una vez logrado los buenos oficios cesan. El tercero que lleva al cabo los buenos oficios (una persona, una comisión) debe ser aceptado por todas las partes en conflicto.

---

<sup>19</sup> Peter Behrens, *Op. cit.*, p. 14.

<sup>20</sup> César Sepúlveda, *Derecho internacional*, Porrúa, México, 1991, p. 392.

#### **3.3.4. Investigación**

Puesto que una controversia implica generalmente un asunto de hecho, las partes pueden reducir sus diferencias mediante la aclaración y análisis de las mismas, para lo cual se encarga la investigación o averiguación de los hechos a un tercero (una comisión o una persona) y se acuerda aceptar el resultado de la misma para allanar obstáculos y lograr una solución negociada. El resultado de la investigación es frecuentemente un informe imparcial de los hechos y se recurre a la misma después de que las negociaciones han sido suficientemente amplias para evitar continuar con métodos más formales de arreglo.

#### **3.3.5. Mediación**

Es un proceso informal en el cual un tercero neutral ayuda a las partes en conflicto a resolver la controversia, sugiriendo soluciones. El mediador conduce las negociaciones, participa activamente y emite propuestas de manera informal sobre cuestiones de hecho o de derecho. El mismo puede actuar a solicitud de las partes u ofrecerse por cuanta propia con el consentimiento de las partes.<sup>21</sup>

#### **3.3.6. Conciliación**

En ésta un tercero interviene entre la partes para "conciliar" sus diferencia por medio de concesiones mutuas. El conciliador (una persona o una comisión) designado por las partes investiga los hechos y sugiere fórmulas de solución, busca los términos para un arreglo aceptable para las partes. Sin embargo las propuestas de arreglo bajo el método de la conciliación no son obligatorias como en el caso del arbitraje.

---

<sup>21</sup> Fernando Serrano, *Op. cit.*, p. 79.

### 3.3.7. Arbitraje

Es un método mediante el cual las partes en una controversia convienen en someter sus diferencias ante un tercero o ante un tribunal constituido especialmente para tal fin, quien resuelve conforme a las normas que ellas especifiquen (usualmente normas de derecho internacional) y con la condición que la decisión o laudo será aceptada por los contendientes como arreglo final.<sup>22</sup>

Una de las características fundamentales del arbitraje es que conlleva como resultado una decisión legalmente obligatoria para las partes en la controversia, comprende la investigación de hechos como cuestiones de derecho, por lo que para algunos autores es un método cuasijudicial. No obstante, mientras en el arbitraje las partes conservan un control considerable sobre el proceso y se trata de una jurisdicción *ad hoc*, el arreglo judicial se realiza en cortes y tribunales previamente establecidos cuya composición no está sometida en la misma medida al control de las partes y puede decidir conflictos en general.<sup>23</sup>

Una vez que las partes decidan someterse al arbitraje (mediante un "acuerdo arbitral") , ninguna podrá abandonar el procedimiento unilateralmente. La decisión arbitral obliga a las partes puesto que éstas se sometieron de antemano a su fallo.

Las ventajas del arbitraje son: rapidez y flexibilidad en el proceso, las partes eligen los jueces o árbitros (generalmente especialistas en la materia), la decisión es definitiva y obligatoria (salvo por defectos graves, como son la validez del acuerdo arbitral, la formación del tribunal, la jurisdicción de los árbitros y su imparcialidad). A esta decisión final se le llama "laudo arbitral".<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> César Sepúlveda, *Op. cit.*, pp. 24-25.

<sup>23</sup> Behrens, *Op. cit.*, p. 27.

<sup>24</sup> Serrano, *Op. cit.*, p. 82.

A causa de la amplia diversidad de criterios en los organismos y paneles arbitrales creados para casos específicos, ha habido varios intentos de unificación, el más importante ha sido la creación de la Ley Modelo UNCITRAL para ser adoptada de manera uniforme por las legislaciones nacionales.

### **3.4. México ante el arbitraje internacional en materia de inversiones**

Uno de los mayores retos de México en materia de inversión lo constituyen los instrumentos jurídicos internacionales para la solución de controversias, dado que no se había participado en la celebración de ningún tratado formal sobre la materia hasta la firma del TLCAN que contiene en su capítulo XI, sección B, un mecanismo de solución de conflictos que permiten hacer efectivas las normas respectivas contenidas en el mismo. A pesar de que este último se estudiará en el siguiente capítulo resulta esencial hacer un recorrido a la luz de la experiencia histórica y referir a las instituciones, convenciones, tratados y principios internacionales relacionados directa e indirectamente con el mismo, o que le sirven como entorno para su mejor comprensión.

Los esfuerzos por establecer reglas internacionales de amplia aceptación relativas al tratamiento de extranjeros y sus inversiones, ha sido un esfuerzo de los países industrializados, especialmente de Estados Unidos, durante la mayor parte del siglo XX. Se logró un éxito parcial en lo relativo a expropiación y otros "riesgos políticos", pero no se pudo arribar a un acuerdo sobre la aplicación del derecho internacional con respecto a la solución de controversias.

En la década de los setenta la mayoría de los Estados miembros de la Asamblea General de la Naciones Unidas reafirmaron en el interior de la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados el derecho a nacionalizar con compensación

determinada, según sus legislaciones nacionales y con competencia para resolver sus controversias exclusivamente en cortes nacionales.

La aplicación del derecho internacional relativo a controversias en materia de inversión, empezó a tomar auge a principios de la década de los ochenta, fuera de los países latinoamericanos, en especial mediante políticas gubernamentales negociadas mundialmente tendientes a la promoción de la IED y otorgando amplia protección y seguridad a las mismas. Los acuerdos clave para el desarrollo de principios internacionales han sido los Tratados Bilaterales de Inversión (BIT's, por sus siglas en inglés), pues se han celebrado más de trescientos instrumentos de este tipo en el mundo que tratan los asuntos fundamentales relacionados con la protección a la inversión, derechos y obligaciones de los inversionistas y las Partes contratantes, mecanismos para la solución de controversias entre inversionistas extranjeros y los Estados.

Desde mediados de los años setenta, Estados Unidos comenzó a promover los BIT's buscando encontrar socios en un campo donde no había sido posible celebrar acuerdos multilaterales por medio de Naciones Unidas, la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y la Organización de Estados Americanos (OEA). "Desde 1980 Estados Unidos han negociado más de veinticuatro tratados bilaterales de inversión, de los cuales al menos diez han entrado en vigor...Sin embargo sólo en los últimos años se ha tenido éxito en las negociaciones de BIT's con los países latinoamericanos que han adoptado la cláusula Calvo, ya que todos los BIT's incluyen la obligatoriedad del arbitraje internacional, similar a lo que podemos encontrar en el capítulo 11 del TLCAN".<sup>25</sup>

México había permanecido al margen de los tratados de inversión por razones de carácter constitucional y legal que dificultaban los compromisos internacionales sobre la

---

<sup>25</sup> David Gantz, *Op. cit.*, p. 154.

materia, en especial la Cláusula Calvo. Pero en los últimos años se ha presenciado una apertura y creciente interés por garantizar y promover la IED reformando varios instrumentos jurídicos para adecuarse al sistema jurídico internacional y alcanzar cierta uniformidad y reciprocidad en la materia, que culminaría con la firma y entrada en vigor del TLCAN.

### **3.5. México en el Derecho convencional internacional en materia de arbitraje**

#### **3.5.1. Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York)**

La Convención de Nueva York tuvo su origen en un proyecto propuesto por la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, al Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, se celebró en junio de 1958 en la ciudad del mismo nombre y entró en vigor al año siguiente.<sup>26</sup>

En cuanto al ámbito de aplicación de la Convención se establece que se aplicará a sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y ejecución y que tengan su origen en controversias entre personas físicas o jurídicas colectivas.

En la Convención de Nueva York se establece la obligación de cada uno de los Estados contratantes de reconocer el acuerdo arbitral, de aceptar la autoridad de la sentencia arbitral y conceder la ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada. Se adopta "un sistema fundado en la concepción de que la sentencia constituye un título al que debe darse pleno valor, estableciendo la presunción de que la sentencia es obligatoria para las

---

<sup>26</sup> Hasta el 1º de octubre de 1991 había sido ratificada por 83 países. La misma fue ratificada por México y se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de junio de 1971.

partes y dejando la carga de la prueba en contra de esa presunción a la parte que objete la ejecución del laudo".<sup>27</sup>

De acuerdo con la Convención de Nueva York se determina que sus disposiciones no afectaran la validez de acuerdos bilaterales o multilaterales sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales suscritos por los Estados. Además, no podrá privar del derecho a un individuo para ejecutar el laudo sobre las bases de otros tratados o la ley del país en donde se vaya a ejecutar.

Un Estado contratante, con base en el principio de reciprocidad podrá hacer una reserva mediante la cual restrinja la aplicación de la Convención a otro Estado contratante. De la misma forma un Estado Parte podrá efectuar una reserva en el sentido de que sólo aplicará la Convención a los litigios considerados comerciales por su derecho interno. México no hizo ninguna de estas reservas, por lo tanto basta que la sentencia proceda del extranjero para que la misma se pueda ejecutar, es decir que no restringió el ámbito de validez a los Estados firmantes.

Lo regulado por esta Convención se relaciona con el enjuiciamiento y reconocimiento del laudo, importante para los países miembros del TLCAN pues siendo los tres signantes de ella puede regular las controversias comerciales entre personas de cualquiera de estos países.

---

<sup>27</sup> José Luis Siqueiros, *El arbitraje en los negocios internacionales de naturaleza privada*, Colección Varia Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, Miguel Ángel Porrúa, México, 1992, p. 71.

### **3.5.2. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá) <sup>28</sup>**

La Convención de Panamá pretende resolver varios de los problemas jurídicos más importantes que se suscitan en el arbitraje internacional, sobre todo en la región interamericana: 1) Los elementos de validez del acuerdo arbitral. 2) El compromiso de designación y las características que deben reunir los árbitros, autorizando a la CIAC para que los nombre en caso de que las Partes no lo hagan. 3) Las reglas del procedimiento arbitral internacional, disponiendo la aplicación del Reglamento de Procedimientos de la CIAC a falta de acuerdo expreso de las Partes. 4) Las características del laudo, de las cuales destaca la obligatoriedad del mismo, con lo que se dan efectos de sentencia ejecutoria o cosa juzgada. 5) Los motivos por los cuales puede considerarse como cosa juzgada, entre otros.

Asimismo determina que el laudo arbitral debe ser definitivo y no impugnabile, según la ley o reglas procesales aplicables del país donde se dictó. Su ejecución y reconocimiento podrán exigirse de la misma manera que las sentencias dictadas por tribunales nacionales y extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecute y de conformidad con los tratados internacionales.

### **3.5.3. Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Convención de Montevideo) <sup>29</sup>**

Al celebrar la Segunda Conferencia Interamericana especializada en Derecho Internacional Privado en Montevideo, Uruguay, el 8 de mayo de 1979 se suscribió esta Convención la cual "se aplica a las sentencias y laudos dictados en procedimientos

---

<sup>28</sup> Esta Convención se adoptó en una Conferencia Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional celebrada en Panamá el 30 de enero de 1975. México la ratificó y publicó en el D.O.F. el 27 de abril de 1976.

<sup>29</sup> Publicada en el D.O.F. el 28 de agosto de 1987.

civiles, comerciales o laborales tramitados en cualquiera de los Estados parte y sus normas se aplicarán, en lo que concierne a laudos arbitrales, a todas las materias no incluidas en la Convención de Panamá, toda vez que esta última se limita exclusivamente a los laudos en materia mercantil".<sup>30</sup>

### **3.5.4. Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)**

La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés) ha celebrado numerosos congresos y conferencias con la finalidad de unificar el Derecho Mercantil, por lo que el 28 de abril de 1976 aprobó el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL (el Reglamento) y el 21 de junio de 1985 la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ley Modelo de UNCITRAL).<sup>31</sup>

#### **3.5.4.1. El Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL**

La aplicación del Reglamento es de carácter facultativo, es decir, sólo se sujetan a él los arbitrajes en que las partes hayan acordado por escrito someterse a dicho procedimiento en sus términos. El Reglamento de UNCITRAL no trata de menoscabar el arbitraje institucional<sup>32</sup>, ya que no contempla la administración de procedimiento. No obstante, en ciertas instancias el Reglamento recurre a la intervención de terceros, que pueden ser personas o instituciones. Por ejemplo, cuando a falta de acuerdo entre las partes para designar a los árbitros, el Reglamento incorpora la figura de "autoridad designadora" para realizarlo.

---

<sup>30</sup> José Luis Siqueiros, *El arbitraje...*, p. 73. Cuando México firmó esta Convención introdujo una reserva con el objeto de limitar únicamente su aplicación en lo relativo a las sentencias de condena en materia patrimonial dictadas en uno de los Estados partes.

<sup>31</sup> Jorge Alberto Silva, *Op. cit.*, pp. 33-34.

<sup>32</sup> Este tipo de arbitraje se refiere al que es administrado por una institución administradora de arbitrajes que generalmente tiene su propio reglamento de arbitraje, mismo que se aplica por la voluntad de las partes contendientes.

El Reglamento se divide en cuatro secciones que corresponden a las etapas principales del mecanismo arbitral: Disposiciones introductorias, composición del tribunal, procedimientos arbitrales y laudo. En cada sección se desarrolla la normativa procesal del arbitraje.

#### 3.5.4.2. Ley Modelo de UNCITRAL

No se trata de una ley en estricto sentido ni de un tratado formal celebrado y aprobado por México, ni por ningún otro país. Es sólo una *ley modelo* sobre arbitraje comercial internacional que carece de valor normativo por lo que sería más conveniente llamarla *modelo de ley*, pues sólo tiene carácter orientador o ejemplificador y sirve como instrumento de inspiración, destinado a los legisladores nacionales con la recomendación de que lo adopten como tal al momento de dictar leyes internas en la materia. Con esta acción, la UNCITRAL pretende establecer lineamientos generales para unificar y armonizar las normas correspondientes y así lograr cierta homogeneidad entre los diferentes Estados.

El 22 de julio de 1993, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el "Decreto por el cual se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código de Comercio y del Código Federal de Procedimientos Civiles" (el Decreto). México adoptó mediante el Decreto casi la totalidad del texto propuesto en la Ley modelo de UNCITRAL, con lo cual se introdujo por vez primera una verdadera regulación sobre arbitraje comercial en el país con el fin de ofrecer mayor seguridad a los inversionistas nacionales y extranjeros en relación con cualquier disputa de carácter comercial que pudiera surgir durante el curso de sus negocios. Es decir, el Decreto permitirá que el extranjero se sienta más seguro realizando negocios en México sabiendo que cualquier

disputa que surja en materia comercial se podrá resolver en forma rápida y eficaz por medio del arbitraje comercial internacional.

La Ley Modelo de UNCITRAL distingue entre arbitrajes nacionales y extranjeros, permite que las partes acuerden las reglas sobre procedimiento siempre y cuando su elección sea acorde con la legislación interna. Las partes podrán también escoger las normas de derecho aplicables al caso, sin embargo, a falta de su elección el Tribunal Arbitral elegirá la aplicación de las leyes del país en donde se esté llevando a cabo el arbitraje. Se definen las reglas de procedimiento como son la demanda, la contestación, la reconvencción, el desahogo de pruebas, la transacción, el laudo. Esta Ley regula todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo arbitral hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo.

Las disposiciones más importantes de la Ley Modelo de UNCITRAL son, entre otras:

1) En su artículo 1º define diversos actos que se califican como mercantiles o comerciales, incluyendo en éstos a la inversión.

2) Establece un régimen jurídico especialmente adaptado al arbitraje comercial internacional, que no afecta ningún tratado en vigor por la parte que la adopte.

3) Define como internacional un arbitraje cuando "las partes en un acuerdo de arbitraje tienen al momento de la celebración del Acuerdo Arbitral, sus establecimientos en diferentes Estados"

4) Las partes tienen la posibilidad de incorporar al acuerdo de arbitraje disposiciones procesales de una ley extranjera, siempre que no exista conflicto con las "pocas" disposiciones imperativas de la Ley.

5) Se limita la intervención judicial en el arbitraje. Se prevé la intervención de los tribunales sólo en los siguientes casos: el nombramiento, recusación y terminación de mandato de árbitros, la competencia del tribunal arbitral, la nulidad del laudo, la asistencia en la práctica de las pruebas, el reconocimiento del acuerdo de arbitraje, la aplicación de medidas cautelares y en el reconocimiento y ejecución del laudo.

6) Deberá tratarse a las partes con igualdad y respetando su derecho de audiencia.

7) La decisión de acatarse a un laudo deberá hacerse por escrito mediante un convenio arbitral o una cláusula arbitral.

8) El Tribunal debe decidir el litigio de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes.

9) Se permite únicamente un tipo de recurso para la impugnación de un laudo, la petición de nulidad.

10) No establece detalles procesales para el reconocimiento y ejecución pues no hay necesidad pragmática de unificarlos y constituyen una parte inseparable del derecho de cada país.

### **3.6. Convenciones, acuerdos, instrumentos e instituciones internacionales relativos a inversiones**

#### **3.6.1. Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio**

El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) junto con el TLCAN constituyen quizás los dos acuerdos internacionales más importantes suscritos por México en materia comercial.

El GATT es un acuerdo comercial, un tratado multilateral abierto a la participación de cualquier Estado. La mayor parte de las transacciones comerciales mundiales se realizan siguiendo las reglas y principios que el organismo ha establecido. Las más importantes son: 1) la no-discriminación, 2) el tratamiento nacional, 3) la reciprocidad, y 3) la cláusula de la nación más favorecida. El Acuerdo contiene además mecanismos de solución de controversias que incluyen al arbitraje, principalmente entre Estados, pero en el que indirectamente participan los particulares. El mismo sirve como un código de conducta para los países contratantes y es a la vez un foro de negociación sobre los problemas económicos internacionales prioritarios.

En México han habido varios intentos por adherirse al GATT, así desde 1979 se iniciaron negociaciones para ingresar al mismo, pero que se suspendieron debido a los daños que hubiera podido causar a la pequeña y mediana empresa y por la coyuntura económica internacional prevaeciente (*boom* petrolero, bajas tasas de interés internacionales, liquidez crediticia, esencialmente).

La crisis de la economía nacional en 1981-1983, producto en gran medida del agotamiento del modelo de sustitución de importaciones, los cambios producidos en la Ronda Tokio del GATT y las nuevas tendencias de la economía internacional, fueron elementos clave para que el gobierno de la República modificara su política comercial y su posición frente al acuerdo.

En virtud de lo anterior, y con el objetivo de multilateralizar las relaciones comerciales de México para diversificar productos y mercados, en 1986 se decidió la incorporación de México al GATT.

Se plantearon desde su creación, los siguientes objetivos: 1) Multilateralizar las relaciones comerciales, 2) crear normas estables para el comercio mundial y 3) liberalizar gradualmente el intercambio de mercancías.<sup>33</sup>

Recientemente ante la caída del modelo socialista, el impulso de los principios de libre mercado y el comercio se han considerado como el motor de la economía internacional. Debido a la escasez crediticia internacional, la crisis de la deuda externa y las limitaciones del modelo de sustitución de importaciones, los países en vías de desarrollo han tenido que dirigir sus economías hacia el exterior, como única manera de obtener tecnología e inversión para su crecimiento.

De esta manera, "poco a poco el GATT, mediante sucesivas rondas de negociaciones, ha ampliado su cobertura. En el marco multilateral la Ronda Uruguay del GATT, iniciada en 1986, tiene como objeto lograr una mayor liberalización y expansión del comercio internacional mediante la ampliación de las reglas del Acuerdo, tradicionalmente circunscritas al comercio de bienes, al comercio de servicios, la propiedad intelectual y ciertas medidas relacionadas con la inversión. Sin embargo estas negociaciones no han podido llevarse a buen término, entre otras razones por el surgimiento de 'bloques' económicos regionales y del creciente antagonismo entre ellos".<sup>34</sup>

Cabe recordar que las resoluciones aprobadas en la Ronda Uruguay el 15 de diciembre de 1993 han sido firmadas por más de 120 países. Además la Organización Mundial de Comercio (OMC), que sustituyó al GATT en el papel de regular el intercambio multilateral, empezó a funcionar a partir del 1º de enero de 1995 de una

---

<sup>33</sup> Mario Abdala Mirwald, *Comercio internacional: Retos y oportunidades para la empresa*, Centro de Servicios al Comercio Exterior, BANCOMEXT, México, 1994, pp. 11-13.

<sup>34</sup> Héctor Fix Fierro y Sergio López Ayllón, "Libre comercio y globalización del derecho", en *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte: Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1993, p. 30.

manera mejor estructurada y ya no provisional, con la aprobación en principio de dos terceras partes de sus miembros, o sea más de 80 naciones. En materia de inversión se llegó a una amplia liberalidad, se eliminaron prescripciones en materia de contenido nacional, de obligaciones de balance en comercio internacional de las grandes empresas transnacionales y acceso de las mismas a las compras de gobierno, entre otras.

"La Ronda Uruguay, después de siete años de negociaciones y tres fechas de terminación incumplidas, culminó con la liberalización más grande de la historia. El acuerdo celebrado en abril de 1994, en Marrakech, Marruecos, supone un recorte de aranceles de 40% en promedio...Por primera vez se incluyen temas en materia de servicios, inversión y propiedad intelectual".<sup>35</sup>

El acuerdo celebrado por el GATT es un ejemplo de la progresiva juridificación de la economía internacional, sus disposiciones se han convertido en un parámetro de legitimidad, en un marco normativo supranacional en la medida que el intercambio comercial se ha convertido en motor del desarrollo y la interdependencia mundiales.

### **3.6.1.1. Solución de controversias**

En el GATT se prevé en los artículos XXII y XXIII un procedimiento general de notificación, consulta y resolución de controversias a las diferencias que puedan surgir entre los Estados contratantes en relación con la instrumentación y relaciones en torno al Acuerdo.

El primero de los artículos citados establece el derecho de las partes contratantes (los Estados) para entablar consultas con una o más partes sobre cualquier asunto relacionado con el GATT al que no se le haya dado solución.

---

<sup>35</sup> Grupo Financiero BANAMEX - Accival, "Organización Mundial de Comercio", *Examen de la situación económica de México*, vol. LXXI, núms. 330 y 331, enero - febrero de 1995, p. 41.

El artículo XXIII establece que en caso de que las partes no lleguen a un arreglo satisfactorio mediante las consultas, entonces la controversia se someterá a todas las partes contratantes, las que efectuarán una encuesta sobre la cuestión y formularán recomendaciones a las partes afectadas o se pronunciarán sobre la cuestión a debate, pudiendo hacer consultas a cualquier organización internacional competente. De no llegar a un acuerdo después de las recomendaciones, podrán autorizar a las partes afectadas para suspender, en relación con una o más partes, la aplicación de alguna de las partes del Acuerdo, o inclusive la contra parte afectada puede llegar a denunciar el Acuerdo.

### **3.6.1.2. Medidas en Materia de Inversión Relacionadas con Comercio** <sup>36</sup>

A petición de los países desarrollados se propuso que se incluyera en la Agenda de negociaciones del GATT el tema de "Medidas de Inversión relacionadas con el Comercio" (TRIM's por sus siglas en inglés) para evitar la imposición de requisitos de desempeño (*performance requirements*) a la inversión extranjera pues se deberían considerar como obstáculos al libre comercio.

En principio la propuesta fue rechazada por la mayor parte de los países en vías de desarrollo que consideraban tener una regulación jurídica idónea destinada a considerar las contribuciones de la IED para su propio desarrollo. Pero más adelante se logró cierto consenso, al ceder estos países en su posición original.

Se creó un grupo de trabajo que analizó las diversas medidas sobre inversión que los diferentes gobiernos de los países adoptan y que pudieran tener efectos restrictivos y distorsionadores en el comercio. Se detectaron, sobre todo a petición del gobierno de Estados Unidos requisitos o condicionamientos de comportamiento, en especial el grado

---

<sup>36</sup> Jaime Alvarez Soberanis, *Op. cit.*, pp. 571-575.

de integración nacional y los compromisos de exportación que se exige a las empresas en las que participa el capital extranjero.

No obstante el estudio de las medidas sobre inversión, no es completo si no se analiza también el comportamiento de las empresas transnacionales, pues muchas veces también tienen un efecto distorcionador sobre el comercio internacional, en especial por las prácticas comerciales restrictivas.

La posición mexicana había sido la defensa del marco jurídico que regula la IED, importante para dirigir la economía nacional, se afirma que la regulación de la misma no es cerrada ni discriminatoria pues se otorga seguridad jurídica tanto a inversionistas nacionales como extranjeros. Pero cabe enfatizar que aunque el marco jurídico era restrictivo, con las nuevas reformas como son la expedición del Reglamento de 1989, la nueva Ley de 1993 y otras leyes relacionadas que amplían la desregulación y liberalización de la IED, no se han violado los principios fundamentales del GATT en la materia, sino que existe concordancia y mayor coherencia con los mismos.

### **3.6.1.3. El Código Internacional de Conducta para las Empresas Transnacionales**

Las Empresas Transnacionales (ET's) son la fuente primordial de la IED, generalmente procedentes de países industrializados realizan actividades productivas en diversos países. Debido a su gran tamaño tienen una amplia participación en la transferencia de tecnología y en el comercio mundial.

Jurídicamente hablando "la corporación internacional aparece como un conjunto de sociedades funcionando al mismo tiempo en varios países, y por lo tanto bajo diferentes leyes y jurisdicciones nacionales, pero unida bajo un lazo vertical de control entre la sociedad matriz y las sociedades filiales".<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Eduardo J. White, *Empresas multinacionales latinoamericanas*, FCE, México, 1973, p. 6.

A decir de Jaime Alvarez Soberanis: "La problemática que plantean las actividades y operaciones de las ET's a los países anfitriones y el reto que su regulación presenta para la ciencia jurídica, ha hecho que surjan dos enfoques: uno de ellos insiste en el fortalecimiento de la acción jurídica nacional, a través de la legislación antimonopólica y el control de la transferencia de recursos productivos...y un segunda posición privilegia la normación de la conducta de las ET's a través de un ordenamiento de carácter internacional."<sup>38</sup>

Ante tales diferencias y preocupaciones, en 1974 el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas estableció una Comisión de Corporaciones Transnacionales, como foro para la consideración general de las reglas de conducta internacionales que se les deberían aplicar a tales empresas.

En 1978 la Comisión reunió un grupo de trabajo que realizó varios estudios y recomendaciones, a la vez que se le encomendó la creación de un Código de Conducta sobre Empresas Transnacionales. Surgió así un proyecto del Código en 1983 que describe reglas de comercio e inversión internacionales, que aunque no contó con apoyo de muchos países, sí establece pautas generales de conducta de las ET's como son: "respeto a la soberanía nacional y observancia de las leyes nacionales, prácticas de regulación y administrativas; adhesión a las metas económicas y objetivos de desarrollo, políticas y prioridades de los gobiernos; revisión y renegociación de contratos; adhesión a valores socio - culturales, respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales; prohibición a ET's de colaborar con regímenes racistas; no interferencia en asuntos políticos internos; no interferencia en relaciones intergubernamentales; y abstención de prácticas corruptas."<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Jaime Alvarez Soberanis, *Op. cit.*, p. 554.

<sup>39</sup> Luis Miguel Díaz, *Op. cit.*, p. 52.

El proyecto de Código también abarca reglas relativas a posesión y control de bienes inmuebles, competitividad y prácticas restrictivas de negocios, transferencia de tecnología, protección al medio ambiente, expropiación e indemnización, eliminación de prácticas corruptas, se establecieron restricciones a la participación de las ET's en ciertos sectores contemplados en las legislaciones nacionales.

A pesar de que se concibió en un inicio al Código como un mecanismo de amplios alcances, de carácter universal y obligatorio, no se ha logrado un acuerdo con respecto a su aplicación debido a las controversias entre los países exportadores y los importadores de IE. Con el paso del tiempo, los países industrializados dejaron de interesarse en normar la conducta de las ET's, en tanto que debido al peso de la crisis económica de la pasada década, el endeudamiento externo y otros problemas los PED vieron disminuida su capacidad de negociación ante aquéllos, gradualmente se asumió una posición más abierta hacia la IED y por lo tanto hacia las ET's como fuentes de financiamiento, modernización de infraestructura productiva, para ayuda en el equilibrio de la balanza de pagos y en general para complementar el desarrollo económico nacional.

### **3.6.2. El papel del Banco Mundial en la promoción y garantías de la IED**

El Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), mejor conocido como Banco Mundial, ha tenido desde su creación el objetivo de "ayudar a la reconstrucción y fomento de los territorios de los países miembros, facilitando la inversión de capital".<sup>40</sup> Asimismo de acuerdo con su artículo II se abocará a: "promover la inversión privada en el extranjero por medio de garantías o participaciones en préstamos y otras inversiones hechas por inversionistas privados".

---

<sup>40</sup> Ramón Tamames, *Estructura económica internacional*, Alianza, México, 1991, p. 120.

Debido a la ampliación de sus actividades, se han desarrollado en torno al BIRF otras organizaciones e instrumentos internacionales que promueven la IED entre sus países miembros, estableciendo normas fundamentales, mecanismos de garantía y previniendo la solución de controversias derivadas de la inversión. A raíz de ello y a propuesta del mismo se gestaron, el Convenio de Washington sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados; por medio de la Corporación Financiera Internacional se crearon el Servicio de Asesoría sobre Inversión y el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones. El primero y el último mecanismos son importantes para el presente estudio en la medida que son fuente de inspiración del TLCAN.

### **3.6.2.1. Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI)**

Una preocupación constante de la comunidad comercial internacional es encontrar mecanismos para resolver o atenuar las fricciones entre el inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión. Ante ello y como iniciativa del gobierno de Estados Unidos en el seno del Banco Mundial se propuso la celebración del Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI) que se llevó al cabo en Washington el 18 de marzo de 1965. Mediante la misma se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI, o ICSID por sus siglas en inglés)<sup>41</sup> con sede en Washington y cuya función primordial es actuar como secretaría y foro de conciliación y arbitraje bajo los términos y procedimientos de la Convención.

Los mecanismos y procedimientos del CIADI son importantes pues su jurisdicción se extiende a cualquier disputa relativa a una inversión entre un Estado

---

<sup>41</sup> Artículo 1 del Convenio Constitutivo de CIADI.

contratante y un nacional de otro Estado contratante, o los interesados, que acepten someterse por escrito al Centro. Mediante sus Reglas de Facilidades se ofrece la oportunidad de tener acceso al arbitraje internacional aún a aquellos no miembros, pues se permite el uso de sus instalaciones y servicios a los Estados que no son Partes, quienes aceptan el CIADI ya sea por medio de medidas *ad hoc* u otros acuerdos, que como el TLCAN permitiría a México tener acceso a este mecanismo.<sup>42</sup>

El CIADI sirve de base y de hecho se incorpora en el TLCAN en su capítulo de inversión. Todos los miembros del Banco Mundial pueden ser integrantes del Convenio CIADI <sup>43</sup> y por ende del Centro. El CIADI, por sí mismo no lleva a cabo los arbitrajes. Los paneles se integran por personas que designan los Estados Contratantes y el Presidente del BIRF.

Afirma José Luis Siqueiros que: "La ratificación del CIADI (el Convenio) no implica la sumisión para someter la controversia a arbitraje. El consentimiento del Estado receptor de la inversión y del inversionista debe ser manifestado por escrito con anterioridad o después de la controversia...es necesario un Acuerdo Arbitral. Este consentimiento puede evidenciarse a través de la legislación interna o mediante convenio bilateral o multilateral con el Estado del que es nacional el inversionista afectado".<sup>44</sup>

Para el Convenio CIADI se debe entender por "nacional de otro Estado" tanto a las personas físicas que tienen nacionalidad de aquél, como las jurídicas de otro Estado contratante que tengan la nacionalidad o se hayan constituido de conformidad con las

---

<sup>42</sup> David Gantz, *Op. cit.*, p. 156.

<sup>43</sup> "A principios de enero de 1993, más de 92 países se han hecho parte de esta Convención incluyendo los Estados Unidos (a la fecha ni Canadá ni México lo han suscrito...". David Gantz, *Op. cit.*, p. 155.

<sup>44</sup> *Op. cit.*, p. 45.

leyes de éste o que teniendo la nacionalidad del Estado receptor, estén controlados en su capital social por personas que ostenten la nacionalidad de otro Estado contratante.

Habiendo dado las partes contratantes su consentimiento para llevar la diferencia al arbitraje, se interpretará que han excluido cualquier otro procedimiento. Sin embargo, cualquier Estado contratante receptor podrá requerir, mediante declaración al suscribir o ratificar el instrumento, el previo agotamiento de los recursos internos, administrativos o judiciales, como una condición indispensable antes de su sometimiento al arbitraje.

El derecho aplicable al fondo de la controversia será el derecho sustantivo del Estado receptor, sin embargo, el Tribunal Arbitral deberá resolver de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. Se otorga así discrecionalidad a las partes para establecer las normas jurídicas aplicables al caso concreto, con lo cual se permite, en el caso de una controversia en torno del TLCAN, resolver el caso mediante las normas que este último prevé.

El Convenio dispone también que ningún Estado contratante otorgará protección diplomática o respaldará reclamación internacional de sus nacionales en relación con una controversia en la que haya consentido someterse al arbitraje.

Cualquier Estado miembro podrá notificar al CIADI, ya sea al momento de la ratificación o en cualquier oportunidad posterior, la clase de controversias que aceptará someter o no a su jurisdicción. Se permite así que ciertas actividades que en un país se consideran estratégicas o de interés público se resuelvan únicamente vía tribunales de la jurisdicción del país de que se trate.

Los capítulos III y IV del Convenio regulan los procedimientos de conciliación y arbitraje respectivamente, estableciendo entre otras cosas, lo siguiente:

1) Conciliación: Cuando se trata de una demanda de conciliación se forma una Comisión de Conciliación integrada por un conciliador único o un número impar de conciliadores designados por las partes y elegidos de las listas preparadas con anterioridad por el CIADI. La función de la Comisión es la de esclarecer los puntos en litigio y tratar de lograr una solución que sea aceptada por las partes.

En caso de no llegar a un acuerdo satisfactorio para las partes, la Comisión redacta un informe cerrando el procedimiento, con lo cual el asunto pasará entonces a arbitraje a petición de una de las partes.

2) Arbitraje: Las partes pueden establecer libremente el procedimiento para la designación de árbitros. En el caso de que las partes no llegaran a un acuerdo respecto al número de árbitros y el método de su designación por cada parte, el tribunal se formará con tres árbitros, cada parte escogerá uno y el tercero lo eligen los dos árbitros nombrados por las partes. En caso de no haber acuerdo, el Presidente del BIRF designará a los árbitros que deberán ser de nacionalidad distinta a la de las partes.

El Tribunal podrá fallar *ex aequo et bono*, si las partes así lo deciden. Estas últimas tendrán la libertad de regular el procedimiento y sólo en caso de que no lo hagan, se regirán de acuerdo con aquéllas fijadas por el CIADI.

El laudo definitivo debe emitirse por escrito, aunque no es publicado a menos que las partes lo acuerden.

Por último, las diferencias o controversias que surjan entre los Estados contratantes acerca del propio Convenio CIADI, que no pueden ser resueltas mediante negociación, se remitirán a la Corte Internacional de Justicia. Cabe aclarar que en este

punto el TLCAN sí prevé un mecanismo para la solución de controversias acerca de la interpretación y aplicación del propio tratado.<sup>45</sup>

### 3.6.2.2. Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA)

Bajo la égida del Banco Mundial, el 12 de abril de 1988 se celebró el Convenio constitutivo que dio origen al Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) cuya función esencial es la promoción de proyectos de IED.<sup>46</sup>

"El MIGA es un organismo internacional autónomo dotado de plena personalidad jurídica y capacidad para contratar, adquirir y enajenar bienes muebles e inmuebles y entablar procedimientos judiciales",<sup>47</sup> teniendo por objeto fomentar el flujo de inversiones entre sus países miembros, así como garantizando las mismas de acuerdo a varios tipos de *riesgo político* como son: 1) Inconvertibilidad de moneda. 2) Expropiación u otras acciones del gobierno huésped que tengan como consecuencia privar al inversionista de sus derechos y beneficios derivados de sus inversiones. 3) Conflictos armados. 4) Repudio o incumplimiento de contratos por los gobiernos. 5) Repatriación de capitales.<sup>48</sup>

A decir de Rafael Pérez Miranda: "El objeto de cobertura es la nueva inversión extranjera directa entendida en sentido amplio; se puede cubrir inversiones en la adquisición total o parcial de empresas estatales privatizadas, ampliación de inversiones preexistentes, préstamos otorgados o garantizados por accionistas, contratos de licencia de tecnología, de asistencia técnica, de franquicias e incluso préstamos realizados por empresas financieras orientados directamente a la inversión."<sup>49</sup>

<sup>45</sup> Vid Capltulo XX del TLCAN.

<sup>46</sup> Joaquín Contreras, *Op. cit.*, p. 155.

<sup>47</sup> Vid artículo 1 del MIGA.

<sup>48</sup> Joaquín Contreras, *Op. cit.*, p. 157 y Luis Miguel Díaz, *Op. cit.*, p. 55.

<sup>49</sup> "El NAFTA y la inversión extranjera", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 18, núm. 18, Escuela Libre de Derecho, México, 1994, pp. 446-447.

Otra finalidad importante del MIGA es evitar la politización de controversias relativas a inversiones. Así, el tenedor de la garantía (inversionista de un país desarrollado) después de haber agotado los recursos administrativos (no judiciales) del país receptor de la inversión (país en vías de desarrollo), podrá hacer efectivo su contrato de seguro ante el MIGA para obtener el pago correspondiente. El país anfitrión debe siempre aprobar el contrato de garantía o seguro que MIGA vaya a suscribir con un inversionista.

El MIGA establece, por un lado, que las controversias que surjan entre el Organismo y sus miembros (Estados parte) serán resueltas con sujeción al Convenio Constitutivo, en tanto que por el otro las diferencias de algún miembro actuando como representante de un inversionista, se solucionarán de acuerdo con el Anexo II del mismo Convenio o mediante negociaciones directas entre el MIGA y el miembro interesado.

El Anexo II considera la negociación y conciliación como medios previos de solución, y en el supuesto de no haber acuerdo satisfactorio, cualquiera de las partes podrá exigir el sometimiento de la controversia al arbitraje. El artículo 4 del anexo determina el procedimiento de arbitraje, en el cual, el Tribunal Arbitral se integrará y actuará de acuerdo con la reglas del CIADI que ya se mencionaron. La ley aplicable al Tribunal serán las disposiciones del MIGA, las normas del Derecho Internacional, las del derecho interno del miembro correspondiente y las reglas del contrato de inversión si las hubiere.<sup>50</sup>

El Tribunal Arbitral puede decidir la controversia *ex aequo et bono* si tanto el Organismo como las partes interesadas así lo decidieren. Se asegurará a las partes el

---

<sup>50</sup> José Luis Siqueiros, *El arbitraje...*, p. 20.

debido derecho de audiencia. "El laudo será definitivo, obligatorio, sin derecho de apelación para las partes y ejecutable en el territorio del país receptor de la inversión".<sup>51</sup>

Para diciembre de 1991 se habían adherido al MIGA 16 países desarrollados y 58 en vías de desarrollo, pero no lo habían hecho la gran mayoría de los países de América Latina en virtud de que consideraron que el sistema de arbitraje eliminaría la aplicación de la doctrina Calvo, con lo cual se facilitaría la actitud intervencionista de algunos países desarrollados.<sup>52</sup>

Tanto Estados Unidos como Canadá son miembros del MIGA, desde el inicio de las negociaciones del TLCAN han insistido en la conveniencia de que México suscriba el Acuerdo Constitutivo del Organismo, para así asegurar sus inversiones.

Bajo el supuesto de que México decidiera formar parte del MIGA sería conveniente un estudio previo sobre el impacto de las disposiciones del Organismo en la legislación nacional, para lo cual es pertinente hacer las reservas correspondientes. A pesar de la reciente expedición de una serie de reformas profundas a la legislación nacional en lo relativo a celebración de tratados y de inversión *ad hoc* con la realidad económica internacional, es necesario ver qué sucedería con preceptos constitucionales como son la Cláusula Calvo, la exclusividad de las cortes nacionales para revisar tratados, el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros, entre otros que podrían verse mermados por la aplicación de este tipo de tratados.

### **3.7. Las comisiones de reclamaciones México - Estados Unidos y las inversiones**

Uno de los temas fundamentales de las relaciones entre México y Estados Unidos ha sido el de las reclamaciones de ciudadanos e inversionistas norteamericanos y las de su

---

<sup>51</sup> Luis Miguel Díaz, "La inversión extranjera en la Promoción Internacional de la Inversión Extranjera: el MIGA", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 14, Escuela Libre de Derecho, México, 1990.

<sup>52</sup> *Idem*.

propio gobierno contra México, para lo cual, se han establecido a lo largo de la historia varias comisiones que intentaron resolver estos problemas como un recurso necesario ante las amenazas o el temor de intervenciones armadas o actos aparentes de carácter legal que ponen en duda la reciprocidad internacional y la equidad.

Las relaciones diplomáticas con Estados Unidos iniciaron cuando Joel R. Poinsett, ministro plenipotenciario visitó nuestro país en 1825 para negociar acuerdos comerciales y anunciar que gobierno mexicano cediera la mayor parte de Texas, teniendo como base de negociación las reclamaciones de propiedades de ciudadanos norteamericanos. Ante su actitud que reflejaba los intereses expansionistas norteamericanos, se sustituyó al ministro por el señor Anthony Butler en 1829. Para 1836 las reclamaciones vinieron a ser el tema central de las relaciones México - Estados Unidos.<sup>53</sup>

Ante ello, en 1837 México propuso al gobierno de Estados Unidos la celebración de un tratado de arbitraje que resolviera las reclamaciones, con la condición de que no interviniera en Texas. Entre los tópicos del tratado cabe destacar que el gobierno a quien se le hiciera alguna reclamación sería responsable cuando hubiera descuidado el orden público que debiera dar seguridad a los extranjeros, y se llevarían a arbitraje los casos en los cuales la autoridad judicial hubiera fallado en contra del derecho internacional.

Sin embargo México no pudo ratificar el tratado ante la inminente invasión francesa, lo que originó mayor presión del vecino del norte, quien aumentaba las demandas y promovía la revuelta texana. Fue así como México tuvo que suscribir una Convención de Reclamaciones en 1839, caracterizada por la carencia de reciprocidad pues sólo se analizaron las reclamaciones de los ciudadanos estadounidenses contra el gobierno mexicano.

---

<sup>53</sup> Karl Schmitt, *México y Estados Unidos. 1821-1879*, Limusa, México, p.49.

En 1841 la Junta de Comisionados emanada de la Convención comenzó a tratar la solución de controversias debidas a causas tales como el incumplimiento de contratos por parte del gobierno mexicano, cobro de derechos aduaneros, daños a propiedades de ciudadanos extranjeros, entre otras y se impuso a México una fuerte cantidad pecuniaria. Debido a la imposibilidad del pago de la misma se tuvo que crear otra Convención en 1843, negociada por el ministro Thompson, para asegurar el pago de las reclamaciones.<sup>54</sup>

El 20 de noviembre de 1843 se celebró una Convención para arreglar las reclamaciones que tuviera cada país en contra del otro. En principio México la aceptó pues veía la posibilidad de exigir cuentas al gobierno estadounidense por su apoyo a la independencia texana. Pero ante la reserva que hizo Estados Unidos para evitar la aplicación del derecho mexicano a algunas reivindicaciones, nuestro gobierno no la ratificó.

Hacia 1846 la actividad diplomática entre ambos países se interrumpió y ante los intereses expansionistas norteamericanos se declaró la guerra contra México. Fue en 1848 cuando se firmó el Tratado de Paz, Amistad y Límites, en Guadalupe - Hidalgo, que dio fin a la contienda y en el cual también se trataban las reclamaciones. Estados Unidos se comprometía a indemnizar a sus nacionales contra cualquier reclamación que tuvieran contra la República mexicana establecidas en las convenciones ya citadas por una cantidad que no superara los tres millones doscientos cincuenta mil pesos, aunque cabe aclarar que éstas superaban para entonces los ocho millones de dólares.<sup>55</sup>

Los intereses en México no terminaron ahí pues el Vecino del Norte veía la necesidad de establecer una vía de comunicación transcontinental entre el Océano

---

<sup>54</sup> Ver "Dos reclamaciones fraudulentas contra México", *Archivo Histórico Diplomático Mexicano*, segunda serie, núm. 17 (estudio preliminar de César Sepúlveda), S.R.E., México, 1965.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 24.

Pacífico y el Golfo de México, lo que culminó con la celebración del llamado "Tratado Mc-Lane Ocampo", mediante el cual Estados Unidos pagaría a México cuatro millones de dólares como pago complementario al monto de reclamaciones de ciudadanos estadounidenses contra México y apoyaría al gobierno de Juárez para que se cumpliera el tratado. Por su parte México se comprometía a otorgar derechos perpetuos de paso a través del Istmo de Tehuán-tepec y del norte de México, así como la utilización de fuerzas militares en esa zona para proteger derechos y propiedades norteamericanos. Sin embargo el tratado nunca entró en vigor por la negativa del senado estadounidense de ratificarlo.

En 1868 los gobiernos de ambos países llevaron a cabo una Convención que fallaría las reclamaciones que cualquiera de los dos países tuviera contra el gobierno del otro por perjuicios causados con posterioridad a 1848, las mismas debían remitirse --dice Díaz Müller-- a dos comisionados nombrados al efecto, integrantes a su vez de una Comisión Mixta que nombraría un árbitro en caso de discordia.<sup>56</sup> Las reclamos estadounidenses sumaron un total de 1,017, incluyendo daños a las personas o propiedades originados por las luchas armadas en nuestro país, maltrato de la autoridades mexicanas a norteamericanos filibusteros, préstamos forzosos y expulsiones. En tanto que las reclamaciones mexicanas fueron un total de 998, de las cuales sólo se aceptaron 167, y consistieron fundamentalmente en ataques y daños de indios y filibusteros estadounidenses en la frontera norte, lo mismo que daños a propiedades en California. Las actividades y sentencias dictadas por la Comisión resultaron injustas y fraudulentas en perjuicio de México.<sup>57</sup>

Durante la Revolución mexicana, las diversas facciones armadas, al intentar obtener el reconocimiento de Estados Unidos, prometieron y se abocaron a indemnizar

---

<sup>56</sup> Luis Miguel Díaz Müller, *México y las comisiones internacionales*, tomo I, UNAM, México, 1983, p. 22.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 24.

a los ciudadanos norteamericanos que hubieran sufrido daños causados por la guerra. Cabe anotar que el derecho internacional, desde entonces, establecía que un gobierno no es responsable de los daños que se causan a extranjeros durante guerra civil o rebelión, ni los perjuicios que pueda originar éste debidos a medidas que adopte para evitar el desorden y proteger los intereses del propio Estado.<sup>58</sup>

A pesar de ello, en 1913 Carranza expidió un decreto en el que se comprometía -- cuando asumiera el poder ejecutivo-- de crear una comisión para resolver las reclamaciones nacionales y otra mixta para las extranjeras. Esto lo llevó a cabo en 1917 y más tarde, en 1919, expidió otra ley para ampliar la jurisdicción de las mencionadas comisiones a daños sufridos después de 1917, para lo cual estableció una Comisión General, base de las futuras Comisiones Mixta General y Especial de Reclamaciones. Esta ley daba al Ejecutivo la facultad de iniciar negociaciones internacionales para establecer Comisiones Permanentes Mixtas que se abocaran al análisis todas las reclamaciones de extranjeros de un mismo país. Tal disposición llevó al gobierno estadounidense a iniciar negociaciones para la conformación de una Comisión Mixta. Aunque siguieron en pie los compromisos, en lo sucesivo los acontecimientos políticos adversos frenaron las negociaciones.

Más adelante, el gobierno del general Alvaro Obregón vería retardado el reconocimiento de Estados Unidos. Ello se debió a la negativa de este último de

---

<sup>58</sup> "El problema de saber si un Estado debe responder por los daños sufridos por los extranjeros durante las insurrecciones y guerras civiles, produjo serias discusiones en el siglo XIX. Varios Estados presentaron reclamaciones importantes a otros Estados por insurrecciones y guerras civiles, especialmente en América Latina...(quienes) celebraron tratados en que excluían la responsabilidad por tales acontecimientos, y tal práctica fue desaprobada por el Instituto de Derecho Internacional en 1900. Sin embargo, el Instituto cambió su parecer en 1927...A pesar de la controversia doctrinal, los laudos arbitrales fueron casi unánimes en mantener el principio de la no responsabilidad por los actos de los revolucionarios...Hay una excepción general al principio de no responsabilidad por actos de los insurgentes, y es cuando los revolucionarios se convierten en el gobierno del Estado", tomado de Eduardo Jiménez de Aréchaga, "Responsabilidad internacional", en *Manual de Derecho Internacional Público*, editado por Max Sorensen, FCE, México, 1992, pp. 532-534.

reanudar relaciones diplomáticas hasta que no se otorgaran garantías necesarias para la seguridad de los derechos que los ciudadanos estadounidenses habían adquirido antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1917. Se buscó obtener tales "reivindicaciones" con la celebración de un Tratado de Amistad y Comercio elaborado por el propio Departamento de Estado, quien lo presentó al gobierno mexicano. Este a su vez enunció que el Tratado lesionaba la soberanía nacional pues contenía disposiciones opuestas a preceptos constitucionales de México, además de que lo consideraba innecesario pues ya se habían abarcado las debidas garantías para los extranjeros en lo político y administrativo gubernamentales. Frente a ello, en 1922 México hizo del conocimiento de dicho programa al gobierno estadounidense incluyendo en términos generales, declaraciones del gobierno de Obregón por medio de las cuales se comprometía a dar hospitalidad a las personas y capitales de los extranjeros que hubieran cooperado, o lo desearan hacer, con las riquezas naturales de México. Esto se comprende como la reparación de los daños sufridos a consecuencia de la revolución y certidumbre de un desarrollo fructífero en el futuro mediante la aplicación de las leyes. Puntos importantes de dichas declaraciones incluían:

1) Que todos los derechos de propiedad privada adquiridos antes de 1917 se respetarían y protegerían, respetando el principio de que los recursos naturales pertenecen a la nación. Esto se pronunció a raíz de la nueva legislación en materia de propiedad.<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> Cabe hacer notar que algunos inversionistas extranjeros -- compañías petroleras estadounidense fundamentalmente-- habían rechazado la aplicación retroactiva del artículo 27 de la Constitución, alegaban que con ella se les despojaba de sus derechos sobre el subsuelo sin previo juicio seguido ante los tribunales (art. 14 constitucional) y que se expropiarían sus bienes sin causa de utilidad pública y sin indemnización. Por su parte, los tribunales nacionales determinaron el derecho absoluto y originario sobre el subsuelo por parte de la Nación; a los propietarios particulares sólo se les otorgaban facultades de explorar, explotar y aprovechar los recursos por cuenta del Estado (quien tiene el dominio directo) y por lo tanto no puede hablarse de expropiación sino sólo el establecimiento de una modalidad de la propiedad privada emanada del interés público, pues se trataba sólo de un impuesto por el uso del suelo. Sin embargo, en algunos casos tales como el de la *International Petroleum Company* se falló en favor de los inversionistas extranjeros exceptuándose la aplicación del artículo 27 a todos

2) El gobierno consideraba que a pesar de que los principios del derecho internacional no hacían responsables a los Estados por los daños producto de guerras civiles, y a pesar de que se había establecido una Comisión Nacional de Reclamaciones para tal efecto, en 1921 invitó a todos los gobiernos cuyos nacionales hubieran sufrido daños en sus personas e intereses a causa de la Revolución y pudieran celebrar convenciones para la instauración de Comisiones Mixtas que resolvieran las reclamaciones de sus nacionales.

Más tarde el gobierno mexicano llevaría al cabo su programa político y administrativo, además de otras actividades de "buena voluntad" que influyeron positivamente a mejorar las relaciones México - Estados Unidos. Así, las negociaciones continuarían hasta la celebración de una serie de conferencias con el fin de establecer mecanismos mixtos como medios de solución de controversias todavía pendientes entre ambos.

Debido a esta nueva actitud se celebraron del 14 de mayo al 15 de agosto las famosas Conferencias de Bucareli, en la ciudad de México, en medio de las cuales se realizó un intercambio de impresiones e informes sobre la legislación mexicana relacionada con los intereses estadounidenses en México, en las áreas petrolera y agraria.

Durante las mismas los comisionados mexicanos trataron de demostrar varios aspectos, entre los que resaltan: 1) En materia petrolera: a) que en México había una tradición jurídica en relación con el dominio directo del Estado sobre todos los hidrocarburos, desde el inicio de la dominación española hasta 1884. b) Que la Ley a tal fecha no había podido otorgar al superficiario sino una mera facultad de explotación. c)

---

aquellos que antes de la promulgación de la Constitución hubieran realizado un "acto positivo" que indicara el deseo de aprovechar el subsuelo. Con ello se sentó un precedente que más tarde iba a ser objeto de gran controversia. Ver Díaz Müller, *op. cit.* pp. 30-32.

Que la Constitución de 1917 no era retroactiva conforme a la noción sana de retroactividad. 2) En materia agraria: a) la sumisión a las leyes locales en razón del domicilio personal y real de los extranjeros. b) Igualdad entre nacionales y extranjeros , entre otros.<sup>60</sup>

A raíz de lo anterior, el gobierno mexicano había ordenado la restitución de las propiedades y de los derechos confiscados indebidamente tomados a sus propietarios durante la revolución. También acordó dos convenciones para la creación de Comisiones Mixtas de Reclamaciones luego de que se reanudaron las relaciones diplomáticas en agosto de 1923.

El texto definitivo de la Convención General de Reclamaciones se firmó en México el 8 de septiembre de 1923 y disponía el ajuste de todas las reclamaciones de ciudadanos de México en contra del gobierno de Estados Unidos y de todas las reclamaciones de ciudadanos estadounidenses en contra de México presentadas por cualquiera de los gobiernos, que hubieran quedado pendientes desde 1868.

Cabe resaltar de esta Convención lo siguiente:

1) En su artículo primero establecía la "institución de asignación", es decir, que cualquier afectación que hubiera causado el gobierno mexicano a una sociedad mexicana, no debería ser competencia exclusiva de jurisdicción nacional, sino en el caso de que un extranjero fuere socio o acreedor de tal empresa, podría ser materia de una reclamación internacional.

---

<sup>60</sup> Antonio Gómez Robledo, *Los Convenios de Bucareli ante el Derecho Internacional*, Polis, México, 1938.

2) El extranjero podía obtener la reparación de cualquier interés jurídicamente protegido y sería válida cualquier reclamación ante la Comisión aún sin haber agotado los recursos legales internos.<sup>61</sup>

Al respecto cabe recordar que dichos preceptos violan las normas del *jus gentium* sobre el agotamiento de los recursos internos, pues esto es necesario para darle la calidad de internacional. Además un Estado no es internacionalmente responsable mas que cuando niegue el pleno ejercicio de justicia a un extranjero. Lo anterior por lo mismo constituyó un punto de graves discusiones entre diversos autores.

Estados Unidos presentó ante la Comisión General 2,781 reclamaciones, las cuales fundamentalmente se referían a contratos con el gobierno Federal, con los Estados y con particulares; concesiones; derechos sobre el subsuelo minero y petrolero; préstamos; cuestiones agrarias; expropiaciones individuales; pérdidas aduaneras, marítimas; impuestos, entre otras.

Por su parte las reclamaciones mexicanas alcanzaron un total de 836 y se referían sobre todo a expropiaciones de tierras en Texas; daños causados por la expedición de Pershing y la invasión a Veracruz en 1914.<sup>62</sup>

Cabe hacer énfasis que durante este período Estados Unidos consideró válida la aplicación de la llamada "Cláusula Calvo", con lo cual se fundamentó la política mexicana establecida en la fracción I del artículo 27 de la Constitución, relativa a la adquisición de bienes inmuebles por los extranjeros, y se afectarían a la vez muchas de las reclamaciones que ciudadanos estadounidenses deseaban llevar ante la Comisión General, pues el reclamante debía someterse sólo a los recursos que otorga la ley mexicana.

---

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 172.

Después de 1917 el gobierno mexicano incluyó, en la mayoría de los contratos que celebró con empresas en las que tuvieran participación intereses extranjeros, una disposición estableciendo que el contratista y cualquier otra persona que se ocupara en la realización del trabajo pactado, serían considerados como mexicanos en lo relativo a la ejecución del trabajo y cumplimiento del contrato siempre que se encontraran en territorio nacional. Se estipulaba además que tales personas no reclamarían ni tendrían, respecto a los intereses e inversiones relacionados con el contrato, ningún otro derecho que el mismo garantizado a los mexicanos ante las leyes nacionales. Por ello se rechazaba la protección diplomática que los extranjeros pudieran invocar a sus gobiernos sobre cualquier cuestión relacionada con el contrato (Cláusula de exclusión de extranjeros o Cláusula Calvo).

Las actividades que realizó la Comisión General fueron objeto de retrasos, por lo que hacia 1934 se acordó entre los dos países la firma de un Protocolo que creaba un Comité Mixto o Bipartita para conocer las demandas pendientes y agilizar los trámites y procedimientos, se acordó asimismo la celebración de una futura Convención que diera solución definitiva a todas las reclamaciones.

Pero antes de entrar al análisis de la misma conviene analizar el desarrollo de la Convención Especial de Reclamaciones del 10 de septiembre de 1923 y que se ocupó del estudio de las reclamaciones por daños originados en la Revolución durante los años de 1910 a 1920. En dicha Convención también se estableció la "institución de asignación" y se renunció al agotamiento de los recursos legales internos. Tampoco se aplicó el derecho internacional en lo relativo a que un Estado no es responsable por revueltas, motines o revoluciones.

La Comisión Especial funcionó de 1931 a 1934, dando solución a 18 reclamaciones únicamente. Esto provocó que Estados Unidos negociara un arreglo

global para terminar con la solución de las demás reclamaciones sometidas a la Convención Especial. Este acuerdo se firmó en abril de 1934, obligando a México a pagar un total de 5, 206, 973 dólares.<sup>63</sup>

En materia agraria también se trató de dar solución definitiva a las reclamaciones, para tal efecto se realizó un convenio en 1938. Bajo la presión de Estados Unidos iniciaron negociaciones para el arreglo global de reclamaciones de acuerdo a lo establecido en el Protocolo de 1934, el gobierno norteamericano pedía dar término a las reclamaciones de la Comisión General, de la Comisión Agraria y las patrimoniales comprendidas en el período de 1927 a 1940 y pedía que el gobierno mexicano pagara la suma de cuarenta millones de dólares. Debido a la activa labor de los comisionados mexicanos surgieron de las negociaciones dos instrumentos jurídicos importantes. En el primero de ellos se fijó "el procedimiento de avalúo pericial internacional para efecto de determinar, mediante un proceso técnico - económico, ajeno a discusiones jurídicas, el monto de las compensaciones a los estadounidenses afectados por actos del gobierno de México en sus propiedades, derechos o intereses, con relación a la industria del petróleo después del 17 de marzo de 1938".<sup>64</sup>

México pudo sacar condiciones favorables del conflicto petrolero debido al temor de Estados Unidos por la correlación de fuerzas que se gestaban en el ámbito internacional tales como el avance del fascismo y nazismo en Europa y su extensión a Sudamérica, así como el mejoramiento de las relaciones entre ambos países, entre otros factores que obligaron a que se reconociera la legalidad de la expropiación petrolera con apego al derecho internacional. Además, de acuerdo con las sentencias arbitrales de las comisiones de reclamaciones y declaraciones del jefe del Ejecutivo estadounidense se eliminó cualquier indemnización por ganancias de traspaso, no se consideró el valor del

---

<sup>63</sup> "Dos reclamaciones fraudulentas contra México", *Op. cit.* , p. 36-37.

<sup>64</sup> Luis M. Díaz, *Op.cit.* p. 51.

petróleo sino sólo el valor de la infraestructura y capital invertidos para tales actividades, pues de acuerdo con la legislación mexicana el subsuelo y los hidrocarburos pertenecen a la Nación, la cual podía ejercer la expropiación como necesidad social.<sup>65</sup>

El otro de los instrumentos emanados de las negociaciones fue la Convención para el Arreglo de las Reclamaciones de 1941 que tenía como fin dar término y solución definitiva a varias reclamaciones: a) Las registradas por los dos países ante la Comisión General de Reclamaciones, b) Las de ciudadanos estadounidenses en contra de México en materia agraria entre los años de 1927 a 1940. c) Las restantes reclamaciones que cualquiera de los ciudadanos de ambos países tuviera en contra del otro entre los años de 1927 a 1940 y que significaran responsabilidad internacional de un gobierno ante el otro por causa de pérdidas, daños o intervención ilegal en las propiedades de los nacionales de cualquiera de ambos países. Para cumplir con lo anterior se formuló una "Ley para el Ajuste, Valorización y Pago de las Reclamaciones Pendientes entre ambos Gobiernos...las citadas reclamaciones perdieron su carácter internacional convirtiéndose en obligaciones de carácter interno cayendo dentro del margen de competencia de la Secretaría de Hacienda".<sup>66</sup>

### 3.8. La Cláusula Calvo

A lo largo de su historia como naciones independientes, los países latinoamericanos, debido a su debilidad política y económica, tuvieron que enfrentar el constante abuso de los nacionales de otros países por medio de la llamada "protección diplomática" que so pretexto de las reclamaciones para proteger sus inversiones o propiedades se manifestaban en constantes abusos e intervenciones de las grandes potencias.

---

<sup>65</sup> Para ampliar sobre este tema ver Lorenzo Meyer, *México y los Estados Unidos en el conflicto petrolero (1917-1942)*, El Colegio de México, México, 1972.

<sup>66</sup> Luis M. Díaz M., *Op. cit.*, p. 53.

En este contexto el abogado argentino Carlos Calvo elaboró en el siglo pasado una doctrina que lleva su nombre, criticando la intervención diplomática o armada como válida para obtener el pago de deudas o reclamaciones, y cuyos principios fundamentales son la no intervención de los asuntos de un Estado en los del otro, así como la igualdad entre nacionales y extranjeros.<sup>67</sup>

La aplicación práctica de esta Doctrina en las diversas legislaciones nacionales se le conoce como *Cláusula Calvo*. Es decir, que ante los abusos de los inversionistas extranjeros por obtener privilegios, se fue introduciendo en la práctica de los países latinoamericanos un dispositivo legal para asegurar que el extranjero no recurra a la protección diplomática de su gobierno cuando ha sufrido un daño por parte de las autoridades locales, además de no obtener con ello una situación de privilegio que los pondría en un plano de desigualdad con los nacionales.

Al respecto --dice César Sepúlveda-- hay varios tipos de Cláusula Calvo y uno de ellos recoge más o menos textualmente lo que el autor argentino expresó: "La Cláusula Calvo consiste en una disposición que se inserta en un contrato o convenio entre un extranjero y el gobierno del país de residencia, por lo que queda comprometido el extranjero a ciertas prestaciones y conductas en relación con la protección de su país".<sup>68</sup> Tales prestaciones o conductas se refieren a la invocación de la protección diplomática sólo en el caso de denegación de justicia en el país huésped y tras haber agotado los recursos jurídicos locales, teniendo en consideración que el Estado no puede admitir más

---

<sup>67</sup> Las bases de estas objeciones planteadas por el Dr. Calvo se referían a lo siguiente: "...Primero, Calvo mantuvo que la soberanía de un Estado independiente le da derecho, en razón del principio de igualdad, de liberarse de cualquier interferencia, ya sea diplomática o por la fuerza de otros Estados. Segundo, los extranjeros no deberían tener mayores derechos y privilegios que aquellos establecidos para los nacionales. . Como consecuencia, las Cortes del Estado huésped tenían jurisdicción exclusiva sobre las controversias en relación con extranjeros, y los mismos sólo podían buscar reparación en tales cortes nacionales...". United Nations Centre on Transnationals Corporations, *Bilateral Investment Treaties*, Graham & Trotman Limited, London, England, 1988, p. 243.

<sup>68</sup> César Sepúlveda, "Presencia viviente de Carlos Calvo", en *Tres ensayos mexicanos*, SRE, México, 1974, p. 22.

obligaciones hacia los extranjeros que las que la Constitución y leyes otorgan a sus propios ciudadanos.

Las arbitrariedades y abusos de las grandes potencias unieron a los países hispanoamericanos para pugnar por la igualdad jurídica, respeto a sus sistemas judiciales, protegerse de la explotación y tratar de que el sistema internacional fuera más justo y no determinado por la voluntad de las potencias. Es en este contexto que surgió la Doctrina Calvo para eliminar la posibilidad de que los inversionistas extranjeros recurran a la protección de su Estado, de tal forma que se promueva un ambiente de certidumbre para los países que requieren el capital externo y al mismo tiempo asegure la no intervención de un gobierno para obtener soluciones favorables a controversias que debieran resolverse por medios judiciales internos.

### **3.8.1. Principios**

Los tres principios fundamentales de la Cláusula Calvo son: a) igualdad de trato, b) jurisdicción exclusiva del país receptor en las controversias con inversionistas extranjeros y c) limitación del ejercicio de la protección diplomática. Estos principios han pasado a formar parte de la legislación mexicana y de manera restringida en el derecho internacional.

#### **3.8.1.1. Igualdad de trato**

Debido a los intereses políticos, las intervenciones han tenido casi siempre como pretexto aparente perjuicios sufridos por intereses privados, reclamaciones y exigencias de indemnizaciones pecuniarias a favor de nacionales de otros países, muchas veces sin justificación alguna.

De ahí surgió la necesidad de establecer el principio de igualdad de trato entre nacionales y extranjeros, evitando así que éstos tengan un tratamiento privilegiado. Lo anterior se hizo respetando las normas de justicia y equidad del derecho internacional.

Tal principio se ha retomado en varios instrumentos de carácter internacional tales como la resolución adoptada en la Séptima Conferencia Internacional de los Estados Americanos, celebrada en Montevideo en 1933, que enuncia: "La Conferencia reafirma una vez más, como un principio de derecho internacional, la igualdad civil de los extranjeros en relación con los nacionales como el límite de protección al cual aquel puede aspirar en la legislación positiva del Estado". También la Carta de Derecho y Deberes Económicos de los Estados de 1974, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas que estipula "ningún Estado deberá estar obligado a otorgar un tratamiento preferencial a la inversión extranjera".<sup>69</sup> Es decir que gracias a la presión de los países en vías de desarrollo --sobre todo latinoamericanos-- se logró llevar las ideas del internacionalista argentino al campo del derecho internacional considerando que este acto no merma los derechos de extranjería.

### **3.8.1.2. Jurisdicción exclusiva del país receptor de la inversión**

Ninguna empresa transnacional puede tener un tratamiento diferente a las empresas nacionales de un país. Por ello los inversionistas extranjeros deben conformarse con las soluciones que las leyes y los órganos que el Estado huésped tiene establecidos para sus propios sujetos y no reclamar una jurisdicción especial privativa para ellos. Las leyes nacionales establecen los derechos y obligaciones de los

---

<sup>69</sup> United Nations Center on Transnational Corporations, *Op. cit.*, p. 243.

extranjeros, la jurisdicción internacional es inadmisibles para la solución de controversias en relación con la propiedad de extranjeros.<sup>70</sup>

Lo anterior es un principio de la Doctrina Calvo que implica la sumisión del extranjero a las leyes y autoridades del país en el que se encuentren o en el que tengan sus inversiones. Se requiere la administración de justicia dentro del país anfitrión con la finalidad de evitar acudir a una instancia compuesta por miembros de ambos países -- como fue el caso de las comisiones de reclamaciones entre México y Estados Unidos-- y con ello reducir el número de fallos maniatados a la voluntad de los países exportadores de capital y tecnología.

Es importante la administración de justicia rápida y expedita para evitar el supuesto de denegación de justicia que concede a los extranjeros la facultad de recurrir a la protección diplomática.

El principio de jurisdicción exclusiva del país receptor se ha incorporado en varios instrumentos de carácter internacional y en las legislaciones latinoamericanas.

### **3.8.1.3. Limitación en el ejercicio de la protección diplomática**

Ante los abusos que se han realizado de la protección diplomática se introdujo en la práctica de los Estados hispanoamericanos la costumbre de incluir en los contratos celebrados con inversionistas extranjeros la condición de no recurrir a la misma para los

---

<sup>70</sup> Varios Estados soberanos estaban, hasta años recientes, poco dispuestos a someter a arbitraje los asuntos ocurridos dentro de sus jurisdicciones, en especial los latinoamericanos debido al fuerte apego a la doctrina Calvo.

conflictos que pudieran surgir de la interpretación o aplicación de tales contratos, debiendo considerarse para los mismos efectos como nacionales del país en cuestión.

Modesto Seara Vázquez considera que debería admitirse plenamente la validez de la Cláusula Calvo dentro de la jurisprudencia internacional en este sentido pues: "cuando una persona celebra un contrato, debe conocer perfectamente a los riesgos a que se expone, y si los acepta es porque cree que las ventajas los compensarían ampliamente...el argumento de que el extranjero estaría renunciando a un derecho público que corresponde al Estado, es falso, puesto que el extranjero no estaría renunciando al derecho del Estado a ejercer la protección diplomática, sino al suyo propio de pedirla, lo cual es lícito y entra en el ámbito de la libertad de contratación, que lleva siempre a una limitación de las facultades de los contratantes".<sup>71</sup>

### **3.8.2. La Cláusula Calvo y la legislación mexicana**

La Cláusula Calvo se encuentra contenida en la fracción I del art. 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene toda una base histórica a raíz de las presiones que tuvo nuestro país de los inversionistas extranjeros --sobre todo norteamericanos-- que siempre invocaban a su gobierno para la protección de sus propiedades, lo que implicó serios problemas que pasaron desde las presiones políticas y reclamaciones diplomáticas hasta invasiones armadas en nuestro territorio por potencias extranjeras so pretexto de protección de sus nacionales.

Lo anterior explica por qué desde mediados del siglo pasado había intentado limitar mediante la legislación los derechos de los inversionistas extranjeros en México. La Constitución de 1857 establecía que los extranjeros debían obedecer y respetar las instituciones, leyes y autoridades del país, sujetándose a las sentencias y fallos de los tribunales, además de no acudir a otros recursos fuera de los que las leyes concedieran a

---

<sup>71</sup> *Derecho Internacional Público*, Porrúa, México, 1991, p. 359.

los mexicanos.<sup>72</sup> A pesar de esto no se pudieron aplicar efectivamente estas disposiciones y no se aceptaron en la escena internacional --sobre todo por las potencias--, tal como se comprobó en el caso de la Comisión de Reclamaciones de 1868, con Estados Unidos.

Una vez extendidas las ideas del ilustre argentino Carlos Calvo, a fines del siglo pasado el gobierno de Porfirio Díaz hizo obligatoria la incorporación de la Cláusula Calvo en los contratos - concesión, o en los contratos públicos con extranjeros, lo que permitiría más adelante establecer un régimen de inversiones extranjeras más acorde con los intereses nacionales.

Para 1916 Venustiano Carranza expidió un decreto, mediante el cual se trataba que mexicanos y extranjeros tuvieran la misma condición jurídica, sin que estos pudieran ejercitar recursos y formular quejas ante sus propios gobiernos. Se determinó que para adquirir propiedad inmueble en México los inversionistas extranjeros se presentaran ante la Secretaría de Relaciones Exteriores y por escrito declararan que para todos los efectos relacionados con los bienes que adquirieran se consideraran como mexicanos, renunciando a sus derechos de extranjeros y al de recurrir a la protección diplomática o queja de sus respectivos Estados para tales efectos.<sup>73</sup>

Este decreto fue el antecedente inmediato que se condensó en la fracción I del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 que establece:

I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El

---

<sup>72</sup> Artículo 33.

<sup>73</sup> César Sepúlveda, *Op. cit.*, p. 30.

Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo...

De esta manera quedaba contenida la Cláusula Calvo en nuestra Carta Magna, síntesis de la historia de México en relación con el régimen de la propiedad de extranjeros, como el manejo que nuestro país había venido realizando de la cláusula en las Comisiones de Reclamaciones, la General y las Especiales de 1923 <sup>74</sup> y que funcionarían de 1927 a 1934, en las que debió defender sus derechos soberanos, a pesar de las dificultades e insuficiencias, para poder poner en marcha los programas sociales emanados de la Revolución y consolidar así un proyecto nacionalista.

En su contexto histórico, la Cláusula Calvo desempeñó para México un papel importante como medio de defensa ante el abuso de los inversionistas extranjeros y sus respectivos gobiernos. En materia de arbitraje, durante las citadas reclamaciones extranjeras de 1927 a 1934, la cláusula --según Antonio Gómez Robledo-- constituyó "un expediente inesperado, con cuyo auxilio muchas reclamaciones fueron obligadas a ceder el privilegio de comparecer en una instancia inmediata ante un tribunal internacional".<sup>75</sup>

La introducción de la Cláusula en la Constitución de 1917 probó ser beneficiosa, pues los inversionistas extranjeros que la admitían por contrato o convenio han tenido

---

<sup>74</sup> *Vid supra* .

<sup>75</sup> *Op. cit.*, p.

que aceptar lo establecido por la misma y evitar pérdidas o problemas, asimismo, según palabras de César Sepúlveda<sup>76</sup> :

"al difundirse la necesidad de aceptarla para hacer negocios en México, fue un factor de indudable valor psicológico, pues además de que en el extranjero se acostumbraron entonces a limitaciones de este tipo, se propagó que había que reconocer la facultad del gobierno local para regular con exclusión de cualquier otro poder las controversias que pudieran surgir entre la empresa extranjera y las autoridades locales".

Esta era la concepción que el gobierno mexicano había impuesto para restringir la inversión extranjera, con el fin de proteger y apoyar las inversiones nacionales y con ello tratar de impulsar la industria nacional. Con este enfoque que puede considerarse proteccionista se expidió en 1973 la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera. En su momento esta Ley tenía el fin de evitar los efectos nocivos de las grandes empresas transnacionales que reclamaban jurisdicción especial y que recurrían a la protección diplomática para proteger sus intereses que tenían carácter privado con la consecutiva intromisión de sus gobiernos en los asuntos internos del país, al mismo tiempo que se trató de crear una estructura legal de la inversión extranjera con apego al marco jurídico mexicano.

No obstante, durante la aplicación de la Ley, la inversión extranjera directa se estancó por lo que se tuvo que recurrir a la inversión indirecta mediante financiamiento internacional, lo que a su vez provocó el desmedido aumento de la deuda externa mexicana y la crisis económica agravada a partir de 1982. A raíz de ello y frente a la competencia internacional por captar recursos del exterior, el gobierno tuvo que modificar su anterior postura para atraer e incentivar la inversión extranjera directa. Una

---

<sup>76</sup> *Op. cit.*, p. 32.

nueva etapa de liberalización --dice Leonel Péreznieto-- " se inicia a partir de la publicación de la 'Resolución general que sistematiza y actualiza las resoluciones generales emitidas por la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras' el 3 de febrero de 1988".<sup>77</sup>

Tal Resolución quedó derogada ante el establecimiento del Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera de 1988 que vino aumentar la liberalización y la participación de la inversión extranjera. Sin embargo el Reglamento contiene varias disposiciones que van más allá de la Constitución, lo que continuó la incertidumbre e inseguridad del inversionista extranjero hasta la expedición de la nueva Ley de Inversión Extranjera de 1993.

Todo lo anterior asentado no ha significado que México haya asumido una actitud arbitraria bajo la Cláusula Calvo, sino la reafirmación de la imparcialidad de su sistema judicial. Los extranjeros no están en desventaja al someter las disputas que pusieran surgir al hacer negocios en el país bajo la jurisdicción de las cortes locales, las cuales respetan y validan los derechos constitucionales de aquellos.

Sin embargo algunos autores tienen opiniones diferentes pues afirman que los inversionistas extranjeros no tienen confianza en elegir como aplicable las leyes de nación receptora, sino las del derecho internacional. Así, "de cara a estos dilemas, sobre elegir la ley o el foro aplicable, la solución tradicional, excepto en Latinoamérica, ha sido negociar un procedimiento de solución de controversias a través del *arbitraje*".<sup>78</sup>

El sometimiento de una disputa ante una instancia o corte internacional bajo los principios del derecho internacional es apoyada por la consideración de que "tal solución es particularmente recomendable para otorgar garantías y protección, las cuales son

<sup>77</sup> *Derecho Internacional Privado*, Harla, México, 1991, p. 138.

<sup>78</sup> John H. Barton y Bart. S. Fisher, *International Trade and Investment*, Little Brown & Co., Boston, Mass., p. 898.

indispensables para las compañías extranjeras, puesto que éstas conllevan riesgos considerables al traer financiamiento y ayuda tecnológica a los países en vías de desarrollo. Es en interés de ambas partes en tales acuerdos, que cualquier controversia entre ellos sea resuelta mediante principios universalmente reconocidos, y no debería estar sujeta a las reglas particulares de las leyes nacionales...".<sup>79</sup>

La legitimidad de la Cláusula Calvo está justificada, puesto que aparte del peso histórico asumido, va de acuerdo con dos principios internacionales para evaluar los estándares mínimos en la solución de disputas y el ejercicio general de justicia: los principios de imparcialidad e igualdad y de trato nacional. Según varios autores México cumple con ambos principios. Pero existen nuevos mecanismos internacionales de solución de controversias y arbitraje que responden más adecuadamente a la realidad actual por ser más expeditos, técnicos y eficientes.

Han habido recientemente numerosos esfuerzos para conjuntar la posiciones sobre la solución de controversias entre los países anfitriones de la IED y los propios inversionistas extranjeros en un sólo marco legal. De ahí el surgimiento de varias organizaciones administradoras de arbitraje, tratados bilaterales de inversión, organismos de garantía de IE, entre otros.

Finalmente cabe recordar que la década de los noventa trae consigo una tendencia a la regionalización y los procesos de apertura comercial que han llevado a México a insertarse en una economía internacional más dinámica y al establecimiento de compromisos con otros países que hace necesario cambiar la estructura jurídica vigente sobre el comercio exterior y con ello la de inversiones extranjeras.

---

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 904.

## CAPÍTULO 4

### LA INVERSIÓN EN EL MARCO DEL TLCAN

#### 4.1. Consideraciones generales

La inversión extranjera directa (IED) es una de las bases primordiales sobre la que descansa el desarrollo de cualquier economía. En la actualidad "los flujos de inversión mundial provienen en 94% de los países industrializados y se dirigen hacia estos mismos en 85.6 por ciento".<sup>1</sup>

Debido a la reestructuración que ha vivido la comunidad internacional, se han instrumentado desde la década pasada políticas de libre mercado y de apertura en la gran mayoría de los países, con lo que también se ha intentado atraer capitales extranjeros.

En los países de menor desarrollo se está presenciando una nueva era de modificación de los regímenes de inversión extranjera con la finalidad de atraer capital foráneo para fomentar el ahorro interno e impulsar el crecimiento económico.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> "Durante 1990, los Estados Unidos contribuyeron con 14.5% de la emisión mundial de la inversión, y recibió 20.7%; Canadá, a su vez, participó con 0.5% y recibió 3.3%; México, por su parte, recibió 1.4% del flujo mundial de inversión, lo que representa cerca de 10% de los recursos destinado a los países en desarrollo". *Vid*, Centro de Estudios Estratégicos, *Entendiendo el TLC*, ITESM - FCE, México, 1994, p.169.

<sup>2</sup> "Durante 1997 los países de América Latina captaron un total de 44 mil 21 millones de dólares de inversión extranjera directa, de la cual 27 por ciento fue recibida por México. El establecimiento de nuevos negocios, reubicación de plantas u operaciones, y reinversión de utilidades en México, vía TLCAN, ha tenido un impacto en el sector productivo del país valuado en 40 mil millones de dólares al finalizar 1997, cifra equivalente a 7.7. por ciento del PIB...Cifras de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras...señalan que entre 1994 y 1996 el país captó 31 mil 595.4 millones de dólares, ocupando el segundo lugar después de China en el ámbito de los mercados emergentes...Las empresas de EEUU invirtieron 64 por ciento y Canadá 6 por ciento". Mario Cappi, "Invertirán compañías de EEUU 20 mil mdd en México", *El Financiero*, 4 de septiembre de 1997, México, p.12. Es destacable que la IED ascendió a 12 mil millones de dólares en 1997, concentrando EEUU y Canadá 57 % del total del origen de inversión.

Como afirma Fernando Heftye: "Los modelos económicos de corte proteccionista parecen condenados al fracaso ante una economía mundial caracterizada por la globalización y la interdependencia...es necesario resaltar que tan sólo un porcentaje mínimo de los recursos que fluyen a nivel mundial se destinan al mundo en desarrollo...".<sup>3</sup>

## **4.2. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la inversión**

### **4.2.1. Panorama general del TLCAN**

La creación de una zona de libre comercio entre México, Estados Unidos y Canadá, forma parte de la estrategia del gobierno federal para apoyar el proceso de modernización económica del país y responder a la nueva realidad internacional.

El 11 de julio de 1990, los presidentes Salinas y Bush acordaron iniciar las negociaciones de un Acuerdo de Libre Comercio. Seis meses después se incorporó Canadá, para finalizar las negociaciones el 12 de agosto de 1992 y que en última instancia un grupo de expertos juristas revisara el texto. El 17 de diciembre los Ejecutivos de los tres países firmaron el texto definitivo del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Vendría luego la ratificación por parte del Congreso de cada país, decidiéndose su aprobación el 17 de noviembre de 1993.<sup>4</sup>

Para hacer frente al creciente proteccionismo, la competencia por los mercados internacionales, los procesos de integración europea, la creación de la región Asia - Pacífico, entre otros, y debido a la fuerte relación comercial existente de Canadá y México con Estados Unidos, los gobiernos de los tres estados decidieron aprovechar su complementariedad y crear una zona de libre comercio de más de 360 millones de

---

<sup>3</sup> Fernando Heftye Etienne, "Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte: Inversión", *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte: Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1993, p. 56.

<sup>4</sup> Vid : *Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y Estados Unidos*, SECOFI, enero de 1993, México, 73 pp.

habitantes con un PIB agregado del orden de 6 billones de dólares, lo que la constituye en la zona o bloque comercial más grande del mundo.<sup>5</sup>

Los fundamentos del TLCAN son: 1) Promover el empleo y crecimiento económico, mediante la expansión del comercio y de las oportunidades de inversión entre los países miembros. 2) Incrementar la competitividad de ambos países. 3) Proteger el medio ambiente. 4) Promover el desarrollo sostenible. 5) Proteger, ampliar y hacer efectivos los derechos laborales.

"Los objetivos del Tratado son: eliminar barreras al comercio; promover condiciones para una competencia justa, incrementar las oportunidades de inversión, proporcionar protección adecuada a los derechos de propiedad intelectual, establecer procedimientos efectivos para la aplicación del Tratado y la solución de controversias, así como fomentar la cooperación trilateral, regional y multilateral. Los países miembros del TLCAN lograrán estos objetivos mediante el cumplimiento de principios y reglas del Tratado, como los de trato nacional, trato de la nación más favorecida y transparencia en los procedimientos

"Cada país ratifica sus respectivos derechos y obligaciones derivados del GATT y de otros convenios internacionales

Para efectos de interpretación en caso de conflicto, se establece que prevalecerán las disposiciones del Tratado sobre otros convenios, aunque existen excepciones a la regla".<sup>6</sup>

Importante para nuestra materia es que fue necesario adecuar la legislación con lo establecido en el Tratado, por ello se decidió modificar 16 leyes del país; nueve relacionadas con el acceso mexicano al mercado de Estados Unidos y Canadá; cinco del sector financiero, una sobre la ley de adquisiciones de obras públicas y una nueva ley

---

<sup>5</sup> Michael Wilson, "Hacia la próxima centuria americana: construyendo una nueva asociación con América Latina" en Revista *Relaciones Internacionales*, Centro de Relaciones Internacionales, FCPyS, UNAM, núm. 57, enero - marzo 1993, México, p.19.

<sup>6</sup> *Tratado de Libre Comercio entre...* (Op. cit.), p. 12.

sobre inversión extranjera. Se modificaron así las leyes de comercio exterior, aduanera, orgánica del tribunal fiscal de la federación, de profesiones, federal de derechos de autor, varias financieras y el código fiscal.<sup>7</sup>

El TLC es un conjunto de normas jurídicas que México, Estados Unidos y Canadá acordaron para facilitar la compra y venta de bienes entre sí, también incluye reglas para regular la compra y venta de servicios tales como el transporte terrestre, la telecomunicaciones, los servicios profesionales, los bancos, las compañías aseguradoras, la educación y el turismo, todos los temas distribuidos en 20 capítulos.

La plena vigencia del Tratado tendrá lugar en el año 2009, cuando la totalidad de los bienes queden desgravados. Se convino eliminar los aranceles en 4 plazos, de acuerdo a las siguientes categorías: A) Acceso a la entrada en vigor del tratado; B) desgravación gradual en 10 años, a partir de su entrada en vigor; C) desgravación en 10 años y C+) desgravación que concluirá en 15 años.<sup>8</sup>

En el sector automotriz se establece la eliminación de las barreras al comercio regional, así como las restricciones a la inversión durante un periodo de 10 años.

En el sector textil y del vestido se establecen reglas especiales para el comercio de fibras de hilos, textiles. Las barreras arancelarias serán eliminadas en un lapso de 10 años para los productos que cumplan las reglas de origen.

En el sector energético México, por su legislación interna, se reserva la exclusividad en la propiedad de tales bienes y en materia de inversión, da oportunidades en los sectores de petroquímica no básica, aunque se reconoce la liberalización gradual de energéticos y petroquímicos básicos.

---

<sup>7</sup> "El TLC y el sector comercio en México" en *El Financiero*, 5 de enero de 1997, México, p. 28.

<sup>8</sup> Los beneficios del TLCAN se reflejan en el incremento de los flujos comerciales entre los países miembros: "El comercio bilateral México - Estados Unidos pasó de 89.6 mil millones de dólares en 1993 a 146 mil millones en 1996, lo cual representó un incremento de 63 por ciento. En tanto, el comercio entre nuestro país y Canadá pasó de 2.7 mil millones de dólares a 3.8 mil millones que significa un crecimiento de 40.7 por ciento". Cabe resaltar que México sustituyó a Japón como segundo socio comercial de Estados Unidos después de ocupar el tercer lugar. El primero como sabemos es Canadá. Isabel Becerril, "En auge, las controversias comerciales del TLCAN: CEESP", *El Financiero*, 11 de febrero de 1997, México, p. 20.

El sector agropecuario incluye medidas gubernamentales y se reconocen las disparidades, ante lo cual se permite la instrumentación de un mecanismo transitorio de salvaguarda, dándose apoyos internos y subsidios a la importación. Estados Unidos eliminará de inmediato las barreras no arancelarias, mismas que desaparecerán a más tardar en 15 años, y las sustituirá por cuotas. Se estableció protección a los productos nacionales, como el maíz para México, y se creó un Comité para Productos Agropecuarios que vigilará la aplicación del tratado en esa área; además se adoptarán medidas para la protección de la vida, la salud, animal y vegetal mediante medidas sanitarias y fitosanitarias.

El capítulo de reglas de origen establece las reglas que rigen el comercio de bienes y prevé la eliminación de las tasas arancelarias, así como las restricciones cualitativas sobre los bienes que se produzcan en los países miembros y reconoce otorgar el principio de Trato Nacional.

Otro capítulo fundamental es el de servicios financieros, que comprenden la banca, seguros y valores y otros servicios relacionados. Cada parte permitirá a sus residentes adquirir servicios financieros en el territorio de otro país miembro y se reconocen los principios de trato nacional y de nación más favorecida, estableciendo cada país sus compromisos de liberalización.

El TLC garantiza la entrada de hombres de negocios, comerciantes y profesionistas; pero no el libre movimiento de personas, pues cada Estado protegerá el empleo y adoptará las políticas migratorias que crea convenientes.

En materia de propiedad intelectual se permite que cada país proteja los derechos en este rubro bajo el principio de trato nacional: a) derechos de autor: protección de programas de cómputo, obras literarias, etc. b) patentes: se amplía la protección a los inventores. Se establece también un mecanismo de solución de disputas.

El capítulo XX sobre disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias establece las instituciones responsables de la aplicación del

tratado --la Comisión de Comercio y el Secretariado-- <sup>9</sup> , y busca asegurar su administración conjunta al mismo tiempo que la prevención y solución de controversias derivadas de la interpretación y aplicación del TLC.

El capítulo XI relativo a inversión estipula la eliminación de las barreras la eliminación de las barreras y otorga garantías a la inversión , además de un mecanismo de solución de controversias y la aplicación de un trato no discriminatorio entre las partes. Ningún país podrá expropiar las inversiones de los demás países, salvo por causa de utilidad pública. Se respetarán los principios de liberalización, nación más favorecida y requisitos de desempeño. Se decidió establecer, asimismo, un mecanismo expedito para la resolución de controversias mediante instancias imparciales como es el arbitraje internacional. Los países no reducirán normas ambientales para atraer inversión extranjera.

#### **4.2.2. El régimen jurídico de la inversión extranjera en Norteamérica**

Para entender la IED en los tres países miembros del TLCAN es necesario conocer el régimen actual de la misma en cada una de las Partes. A decir de C. Christopher Bercaw : "aunque las Partes emplean diversos grados de regulación de la IED, tienen tres tipos de regulación en común: la revisión de proyectos de IED; el registro obligatorio de IED con el gobierno; y la prohibición o restricción de la IED en ciertos sectores sensibles de la economía, por ejemplo, las industrias de transportación y telecomunicaciones, y la explotación de recursos naturales". <sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> El capítulo XX del TLCAN contempla dos instituciones con las siguientes responsabilidades: 1) La COMISIÓN DE COMERCIO: es la institución Central del Tratado, integrada por ministros o funcionarios de alto nivel de gabinete que sean designados por cada país. Esta Comisión tendrá sesiones anuales, pero el trabajo cotidiano lo llevarán a cabo funcionarios de los tres gobiernos que participen en los diversos comités y grupos de trabajo que participen en los diferentes comités y grupos de trabajo establecidos a lo largo del tratado, mismos que operarán por consenso. 2) El SECRETARIADO se estableció para apoyar a la Comisión, así como a otros grupos secundarios y tribunales para la solución de controversias. El apoyo administrativo y técnico del Secretariado permite a la Comisión asegurar la administración conjunta y efectiva de la zona de libre comercio.

<sup>10</sup> C. Christopher Bercaw, "EL TLC, ¿un tratado de libre inversión?" en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 18, núm. 18, México, 1994, p. 376.

Las cláusulas de inversión del TLCAN representaron una mejora sobre las del capítulo 16 de su predecesor, Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos de 1989, en los siguientes rubros: 1) Definición de inversión más amplia y de mayor alcance. 2) La seguridad de las inversiones. 3) La aplicación del principio de nación más favorecida. 4) El reemplazo del paternalismo gubernamental al especificar listas de reservas específicas de los sectores que no cubriría el Tratado. 5) Cambios a las reglas que rigen los requisitos de desempeño. 6) Mecanismos más refinados para proteger inversiones y solucionar controversias. 7) Una mayor liberalización de una vasta gama de sectores o rubros de las tres economías, especialmente de la mexicana. <sup>11</sup>

#### **4.2.2.1. Regulación de la inversión extranjera en Estados Unidos**

Siguiendo con su política tradicional de mantener el libre comercio y la inversión en el mundo, el régimen de inversión vigente en Estados Unidos es el más liberal, y por lo tanto no cuenta con una ley general para regular la inversión extranjera y sí en cambio se permite la participación de la misma en casi todos los sectores de la economía toda vez que, el capital foráneo es necesario para el crecimiento económico y su enorme déficit presupuestal.

No obstante lo anterior, han surgido algunas restricciones a la IED, como lo es el caso de la creación de la ley "Exon-Florio" en 1988, la cual otorgó facultades al Presidente para impedir las adquisiciones de empresas estadounidenses por parte de inversionistas extranjeros cuando representasen amenazas a la seguridad nacional. Tal legislación fue motivada por la creciente inquietud de adquisiciones de empresas estadounidenses por extranjeros, especialmente para mantener una infraestructura de industrias estratégicas para la defensa e impedir la exportación de tecnología militar. <sup>12</sup>

<sup>11</sup> Alan M. Rugman y Michael Gestrin, "Las Cláusulas de inversión del TLC", *El TLC: un enfoque trinacional*, Steven Globerman y Michael Walker (Compiladores), FCE, México, 1994, pp. 275-296.

<sup>12</sup> "La *Defense Production Act* fue reformada para incluir la propuesta Exon - Florio. En esta se contempla la creación del Comité de los Estados Unidos para la Inversión Extranjera, que es la autoridad

La institución encargada de ejercer el procedimiento de evaluación de inversiones extranjeras previsto en la Ley Exon - Florio es la Comisión de Inversión Extranjera, aunque las decisiones finales bajo esta ley no estarán sujetas a recursos judiciales. <sup>13</sup>

Estados Unidos cuenta también con un registro obligatorio de inversión extranjera creada por la Ley de Registro de Inversión Internacional y de Comercio de Servicios en 1976 que determina el derecho del Presidente a obtener y analizar datos sobre IED e indirecta en el país. De acuerdo con la misma y su reglamento, "...todas las empresas estadounidenses con participación extranjera de 10 % o más en su capital social deberán entregar al Departamento de Comercio, cuestionario con datos sobre la identidad y origen del inversionista extranjero, el monto de su inversión, los estados financieros de la empresa, generación de empleos, pago de impuestos y gastos para investigación y desarrollo". <sup>14</sup>

Existen otras restricciones al capital extranjero en sectores específicos como son el marítimo, energía atómica, explotación de recursos naturales, transporte aéreo y despachos aduanales. Adicionalmente algunos estados limitan la adquisición por extranjeros sobre bienes inmuebles o imponen requisitos de nacionalidad para la integración de consejos de administración y puestos directivos de sociedades constituidas conforme a su legislación.

#### **4.2.2.2. Regulación de la IED en Canadá**

El régimen jurídico canadiense es relativamente liberal, lo cual se reflejó en sus negociaciones para suscribir su Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de 1989.

---

administrativa que revisa adquisiciones por extranjeros de empresas estadounidenses". Fernando Heftye, *op. cit.*, p. 57.

<sup>13</sup> C. Christopher Bercaw, *Op. cit.*, p. 390.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 392.

No existían amplias regulaciones antes de la publicación de la Ley de Revisión de Inversiones Extranjeras (FIRA por sus siglas en Inglés) de 1974.

Con la finalidad de proteger la soberanía cultural y económica del país, la FIRA creó la Agencia de Revisión de Inversiones Extranjeras para evaluar las adquisiciones directas o indirectas del control de empresas canadienses y la constitución de nuevas empresas por extranjeros.

Sin embargo en 1985, bajo el gobierno del Primer Ministro Brian Mulroney, se abrogó la FIRA con la entrada en vigor de la nueva Ley de Inversiones de Canadá (*Investment Canada Act*, ICA) de carácter más liberal y promotor, y que junto con las leyes federales y provinciales aplicables a ciertos sectores de la economía, regula la IED en Canadá.<sup>15</sup>

Las llamadas "Industrias Culturales" continuaron excluidas a la IE en sectores como la radio, televisión, publicidad, edición de periódicos, etc. También existen limitaciones sectoriales para la participación de la IED en transporte, comunicaciones, agencias aduanales, hidrocarburos, explotación de materiales radioactivos y energía.<sup>16</sup>

Un inversionista extranjero que constituye una nueva empresa en el país o que adquiere el control de una empresa canadiense existente deberá notificar a "Inversiones de Canadá". Por su parte, la agencia gubernamental competente para la administración de la ICA, deberá notificarlo a más tardar en un mes después de realizada la inversión incluyendo información básica sobre la misma.

---

<sup>15</sup> C. Christopher Becaw, *Op. cit.*, p.376.

<sup>16</sup> Fernando Heftye, *Op. cit.*, p. 58.

#### **4.2.2.3. Regulación de la IED en México**

A reserva de haber tratado el tema en los capítulos anteriores del presente trabajo, es importante destacar que el régimen de inversión extranjera en nuestro país sigue siendo restrictivo en comparación con los de Canadá y más aún de Estados Unidos, a pesar de las modificaciones profundas de la anterior legislación, etapa restrictiva, a otra de promoción activa de la IED bajo el régimen salinista, con el objetivo de sustentar la apertura económica y la modernización del aparato productivo.

Las reformas y ajustes que se han dado en la materia, reflejan en gran medida lo acordado en las negociaciones del capítulo XI del TLCAN.

#### **4.3. Objetivos de México en la negociación del capítulo de inversiones en el TLCAN**

En los países en desarrollo, ante el agotamiento de los recursos y capitales externos la inversión extranjera se hace indispensable, no sólo como una fuente de financiamiento, sino también por sus aspectos positivos en materia de generación de empleos. El entorno internacional actual presenta cambios acelerados respecto a la última década. El sistema mundial de bipolaridad y de Guerra Fría ha desaparecido para dar paso a la globalización y la creación de bloques comerciales que implican una mayor competencia entre los países. Se trata ahora de ampliar mercados y fomentar la inversión extranjera para tener crecimiento y ser competitivo en el ámbito internacional.

Como consecuencia de estas transformaciones, la inversión extranjera cobra un mayor interés en los planes de reestructuración y modernización económica del país, debido a la importancia del incremento de los flujos de capital foráneo para reducir el endeudamiento externo, fomentar de las ventajas comparativas, la entrada a mercados más grandes, la especialización y acceso a tecnología de punta

Se ha intentado en los últimos años liberalizar la economía mexicana, o sea abrir el mercado nacional a la competencia internacional para captar mayores recursos --vía

inversión extranjera directa-- que permitan la creación de empleos, acceso a nuevas tecnologías y contar oportunidades de exportación más ventajosas.

En este panorama se desarrollaron las negociaciones para establecer el Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre México, Estados Unidos y Canadá (TLC), en el cual las inversiones constituyeron un punto esencial. Importante para este trabajo es que fue necesario adaptar la legislación de los tres países a lo establecido en el Tratado.

Ante el crecimiento de la inversión extranjera, existe la necesidad de establecer un marco regulatorio flexible, transparente y sin obstáculos para la misma. En el caso de México en noviembre de 1993 el Presidente de la República sometió al Congreso la iniciativa de una nueva Ley de Inversiones Extranjeras (LIE) que entró en vigor casi simultáneamente con el TLC, además de la modificación de otras leyes y simplificación de los procedimientos para la participación de la inversión foránea en la actividad económica nacional.

Los tres países miembros decidieron establecer un capítulo especial dedicado a la Inversión. Al respecto dice Jaime Serra Puche "La LIE y el TLC constituyen una magnífica oportunidad para aumentar la inversión privada, doméstica y extranjera, a través de alianzas estratégicas , intercambios tecnológicos y otras formas de asociación, ya que la rentabilidad esperada de los proyectos que se ubiquen en México aumentará significativamente, por ello el TLC contiene disposiciones que harán más atractivo a nuestro país en la competencia mundial por captar ahorro externo".<sup>17</sup>

Sin embargo, el tema de inversión en el TLC implicará para México someterse a lo establecido en el propio tratado y en organismos internacionales para la solución de controversias, lo que en principio pudiera significar una contraposición a lo contemplado

---

<sup>17</sup> *Conclusión de la Negociación del Tratado de Libre Comercio Entre México, Canadá y Estados Unidos*, Presentación de Jaime Serra Puche a la Comisión de Comercio Exterior de la Cámara de Senadores, el 14 de agosto de 1992.

en la Constitución, especialmente la Cláusula Calvo, pues mediante ésta los extranjeros deben estar sujetos tanto como los nacionales a la jurisdicción y leyes del país huésped.

A lo largo de las negociaciones del Tratado de Libre Comercio (TLC) en materia de inversión la delegación mexicana mantuvo la estrategia de mostrar una actitud competitiva en la lucha por captar Inversión Extranjera Directa (IED), pero también se intentó proteger las áreas estratégicas de la economía. Por ello se pueden destacar algunos de los objetivos fundamentales: 18

1) Engendrar un panorama atractivo para el capital foráneo, la forma de lograr este clima es otorgar al inversionista certidumbre, invulnerabilidad y rentabilidad en sus inversiones. Asimismo se necesita crear un marco regulatorio transparente, justo, que limite las facultades discrecionales de la autoridad y facilite la instrumentación y expansión de los proyectos de inversión extranjera. Es decir, la idea era la de codificar la liberalización del comercio y las políticas de inversiones actuales en un instrumento internacional, de las cuales muchas han sido adoptadas por el gobierno mexicano en materia de política administrativa. Lo anterior con el fin de fortalecer la confianza de los inversionistas en la economía mexicana.

2) Mantener fuera del TLC determinadas área consideradas como estratégicas y que son reservadas al Estado.<sup>19</sup> Cabe recordar que este objetivo se trató de abarcar en otras materias del tratado y no sólo en el área de inversiones.

3) Adquirir para los inversionistas mexicanos los mismos derechos que México otorgaría a los inversionistas extranjeros en territorio nacional, basándose en el principio de reciprocidad y trato nacional.

4) Instaurar un mecanismo de solución de controversias para resolver de manera justa y equitativa las diferencias que pudieran surgir entre las Partes <sup>20</sup> que recibe la

<sup>18</sup> Estos objetivos se basan en el esquema presentado por Fernando Heftye, *op. cit.*, p. 31.

<sup>19</sup> Ver el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>20</sup> En adelante se entenderá como "Parte" cualquiera de los Estados miembros del TLC, en tanto que "parte" se referirá a un inversionista de un Estado Parte. Usaré el término "partes" cuando me refiera tanto a un Estado Parte como a un inversionista de un Estado Parte.

inversión y los inversionistas nacionales de cualquiera otra de las Partes, tanto por la instrumentación y aplicación de tratado como en su interpretación.

Los anteriores objetivos tratan de dar un marco competitivo y de certidumbre a la IED, tratando de no afectar las disposiciones constitucionales. Sin embargo sale a la luz el hecho de que algunos principios de la Constitución mexicana se verían afectados si se acepta plenamente el último de los objetivos relativo a la solución de controversias.

#### **4.4. Alcance y principios básicos sobre inversión: Capítulo XI, sección A del TLCAN**

La regulación sobre inversiones en el TLCAN está contenida en su capítulo XI, el cual se divide en dos secciones: la primera que contiene las regulaciones básicas sobre inversión y su tratamiento, sección A, y la segunda que establece el mecanismo de solución de controversias inversionista - Estado, sección B. Los Anexos contienen las reservas que cada uno de los países miembros realizaron en esta materia, son importantes toda vez que forman parte de las excepciones en la aplicación de este capítulo.

##### **4.4.1. Ámbito de aplicación**

En el artículo 1101 se establece el ámbito de aplicación del capítulo y la extensión de las obligaciones contenidas en el mismo, se aplica a las medidas que adopte una Parte relativas a: 1) las inversiones de otra Parte, 2) las inversiones de otra Parte o Partes realizadas en el territorio de la Parte y 3) en general todas las inversiones en el territorio de la Parte.<sup>21</sup> En el caso de México, el capítulo XI protege las inversiones de personas físicas o morales estadounidenses o canadienses. En el caso de personas

---

<sup>21</sup> Las disposiciones sobre inversiones en el TLCAN no serán aplicables a las medidas que adopte o mantenga alguna Parte en la medida en que estén comprendidas en el capítulo de Servicios Financieros, pues este tipo de inversiones se consideró como un tipo de inversión especial, para el cual incluso se establece su propio procedimiento de solución de controversias.

morales es suficiente conque estén constituidas en cualquiera de esos dos países y, de ser controladas por inversionistas ajenos a la región es necesario que realicen "actividades empresariales sustantivas, para evitar así que inversionistas ajenos a la región se conviertan en "Caballo de Troya" para beneficiarse de capítulo penetrando a través de un país miembro. <sup>22</sup>

#### 4.4.2. Concepto de inversión e inversionista

El TLCAN adoptó un concepto amplio de "inversión", mismo que abarca cualquier transferencia de recursos hacia el territorio de alguna de las Partes para llevar a cabo actividades económicas con la finalidad de obtener un beneficio. Tal concepto incluye "empresas, ciertos préstamos y títulos de deuda, y cualquier participación que permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de las empresas o en su haber social en el caso de una liquidación. *Inversión* también incluye todos los tipos de propiedad tangible o intangible (contratos de transferencia de tecnología o de franquicia), así como contratos que implican la propiedad de un inversionista en el territorio de alguna de las Partes para el desarrollo de una actividad económica ( las concesiones, contratos "llave en mano" y los contratos de construcción)". <sup>23</sup>

Se debe entender por inversión no sólo la participación accionaria en sociedades establecidas, sino también los préstamos matriz - filial y aquellos cuyo vencimiento sea mayor a tres años, bienes raíces, propiedad intelectual, entre otros. Es decir, se consideran inversión todo tipo de aportaciones o transferencias de recursos hacia alguna de las Partes

---

<sup>22</sup> Vid. art. 1113.

<sup>23</sup> C. Christopher Bercaw, *Op. cit.*, p. 393. Por ejemplo, en el concepto anterior están cubiertas las inversiones que realice en México la empresa de origen japonés Nissan - Canadá, siempre y cuando ésta lleve a cabo actividades empresariales sustantivas en Canadá.

Se contempla además que una Parte puede desempeñar de manera exclusiva las actividades contenidas en el Anexo III y no permitir el establecimiento de inversiones en tales actividades.<sup>24</sup> En este anexo se describen las actividades reservadas al Estado y se aplica sólo para México dada su legislación doméstica.

El capítulo XI tampoco se aplicará a las medidas que tomen las Partes y que estén comprendidas en el capítulo de servicios financieros (cap. XVI). Tampoco se aplicarán las medidas del capítulo a las actividades que por naturaleza propia sean responsabilidad de la administración pública como son educación, salud, y seguridad social.

El artículo 1113 del Tratado describe los casos en los cuales una parte puede negar los beneficios del capítulo XI de acuerdo a tres supuestos: 1) Si la inversión está controlada por inversionistas que sean nacionales de un Estado con el cual no se mantienen relaciones diplomáticas. 2) Cuando mediante esa inversión, nacionales de un Estado con el que se mantengan prohibidas las transacciones comerciales, intenten utilizarla como vehículo para eludir la prohibición. 3) Si una Parte alega que una empresa no lleva a cabo "actividades empresariales sustantivas" en la región y pretende negarle los beneficios del capítulo, ello estaría sujeto a los procedimientos de notificación, suministro de información y consulta establecidos en los artículos 1803 y 2006.

#### **4.4.3. Principios generales y reservas**

El capítulo XI del TLCAN está estructurado de manera que se pueden desglosar del mismo, seis principios de carácter general que las Partes convinieron en cumplir respecto a las inversiones que el mismo cubre, estas son: 1) apertura sectorial, 2) trato a

---

<sup>24</sup> Punto 2 del art. 1101.

la inversión, 3) requisitos de desempeño, 4) transferencias, 5) expropiación e indemnización, y 6) solución de controversias inversionista - Estado.

Sin embargo en cada una de estas disciplinas se impusieron anexos que contemplan excepciones a las mismas, las cuales son restricciones derivadas de sus respectivos regímenes jurídicos nacionales.

#### **4.4.3.1. Apertura sectorial**

En el TLCAN se regula la inversión en forma amplia y general para todos los sectores económicos, aunque en el marco de la negociación de apertura sectorial se demostró un mantenimiento de la apertura en Estados Unidos, dado su ya régimen abierto, una apertura discreta en el caso canadiense y una menor en caso de México.

Para entender este resultado de apertura, las Partes tuvieron la oportunidad de mantener algunos sectores fuera de la aplicación del TLCAN ya fuera por un tiempo determinado ("período de transición")<sup>25</sup> o indeterminado; por lo cual es necesario revisar los anexos que contienen las excepciones que contienen las excepciones que introdujeron cada uno de los tres países.

En el caso de México se trató de preservar limitantes a la inversión extranjera en aquellos sectores considerados como estratégicos o prioritarios. Con excepción de estos sectores, se decidió permitir la inversión extranjera hasta en 100% sin necesidad de obtener autorizaciones previas. Ante la preocupación de propiciar una extranjerización de la planta productiva nacional por la vía de captación de inversión que sustituya a la nacional y el nulo fomento la inversión novedosa. Por ello, se establecieron reservas que permiten la revisión de la IED por la CNIE cuando se pretendan adquirir, directa o

---

<sup>25</sup> Los plazos son generalmente de 5, 10 y 15 años.

indirectamente, empresas mexicanas cuyo valor total de activos exceda determinado umbral o tope aplicable.

"El tope aplicable a los inversionistas de Canadá y de Estados Unidos será de 25 millones de dólares estadounidenses en los primeros tres años a partir de la fecha de entrada en vigor del TLCAN, y aumentará cada tres años hasta un monto máximo de 150 millones... a partir del décimo año del TLCAN, con ajustes anuales de los topes de acuerdo con la inflación" <sup>26</sup> La finalidad de esto es comprobar que tales adquisiciones implican beneficios reales para el país.

Un principio básico durante la negociación fue preservar actividades fundamentales del Estado por mandato constitucional. En el Anexo III del Tratado se contemplan tales actividades y, si posteriormente México decide privatizar alguno de estos sectores, existe la posibilidad de no permitir la participación extranjera en las mismas.

Asimismo se mantienen reservadas a mexicanos o a sociedades con Cláusula de Exclusión de Extranjeros que dispone la legislación vigente. Importante es destacar que se mantiene la prestación de algunos servicios profesionales como la abogacía, los agentes aduanales, los contadores, los notarios, entre otros, reservada exclusivamente a mexicanos.

Existe también IED que podrá desgravarse en forma gradual y en ciertos porcentajes. <sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> C. Christopher Bercaw, *Op. cit.*, p. 398.

<sup>27</sup> "Minería: Los límites de 34% y 49% (contemplados en la anterior LIE del 73 y en la Ley Minera) desaparecen en forma gradual. De inicio se permite IED hasta 49% y durante un periodo de 5 años contados a partir de la entrada en vigor del TLCAN, se requerirá autorización de la CNIE para que la IED pueda rebasar dicho porcentaje.

*Petroquímica secundaria.* El límite de 40% se elimina y la IED podrá detentar hasta 100% sin permiso previo.

Se mantiene el principio de que una vez liberalizado un sector, en el futuro no se podrá volver a restringir, es decir no hay marcha atrás en la liberalización.

México decidió liberar gradualmente gran parte de sus actividades económicas, aunque se avanzó de forma importante en el sentido de que la inversión extranjera podrá participar hasta en 100% en las "áreas no reservadas", sin la necesidad de autorización previa.

#### **4.4.3.2. Trato a la inversión**

El trato que se debe dar a la inversión es fundamental, pues el objetivo del capítulo XI es brindar seguridad jurídica al capital extranjero y disminuir las actitudes discriminatorias frente a la IED y por ende incrementar sus beneficios como catalizador de la economía entre los miembros de la zona de libre comercio.

##### **4.4.3.2.1. Principio de trato nacional <sup>28</sup>**

En virtud de este principio, las partes se comprometen a otorgar a los inversionistas extranjeros, el mismo trato que confieran a sus inversionistas nacionales, siempre que se encuentren en circunstancias similares en lo referente al establecimiento.

---

*Autopartes:* El límite de 40% se eleva a 49%. Durante cinco años se requerirá la autorización de la CNIE para que la IED pueda participar en forma mayoritaria. Prevalece el concepto de "proveedor nacional" en el que se permite la IED hasta 100%.

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

*Televisión por cable.* Se permitirá hasta 49%.

*Servicios de valor agregado en telecomunicaciones.* Se permite la IED hasta 100%...

En los demás sectores, se mantienen los límites específicos para la participación del capital foráneo, por ejemplo, en pesca (49%); fabricación de explosivos (49%); acciones serie "T" (para extranjeros) sobre tierras agrícolas (49%), y en otros como educación, se preserva la necesidad de obtener la resolución previa de la CNIE para que la IED rebase el límite de 49%. Fernando Heftye, *Op. cit.*, pp. 68-69.

<sup>28</sup> *Vid* arts. 1102 y 1108 del TLCAN.

adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición sobre inversiones.<sup>28 bis</sup>

La finalidad de este principio es que el país huésped de la inversión no discrimine a la inversión por el origen de su capital.

Se negociaron una amplia lista de reservas al trato nacional, las cuales están contenidas en los primeros anexos del TLCAN, pero que se irán disminuyendo paulatinamente.<sup>29</sup>

De acuerdo con Claus Von Wobeser, “por lo que a la cláusula de la nación más favorecida se refiere, es importante señalar también que ‘la cláusula del abuelo’, vigente entre Estados Unidos y Canadá, respecto a los compromisos que estos dos países habían adquirido con anterioridad en otros tratados, no es extensiva al TLCAN. En estas condiciones, las excepciones que cada Estado miembro del Tratado desea establecer deben ser explícitas, lo que ‘introduce una gran transparencia en el régimen de protección de cada parte del Tratado’”.<sup>29 bis</sup>

#### 4.4.3.2.2. Trato de nación más favorecida

Este es un principio emanado del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT). Consiste en hacer extensivo a los inversionistas del TLCAN los beneficios que cualquiera de las Partes otorgue a inversionistas de otra Parte o de países ajenos a la región, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.<sup>30</sup>

---

<sup>28 bis</sup> México presentó varias reservas a este principio en relación con la Zona Restringida, la facultad de la CNIE para autorizar y determinar la conveniencia de la inversión extranjera en ciertos sectores que permanecieron cerrados, las sociedades cooperativas de producción y las demás actividades reservadas al Estado y a mexicanos.

<sup>29</sup> Art. 1108.1.

<sup>29 bis</sup> “El régimen legal de la inversión extranjera en el TLCAN”, en *TLCAN, ¿Socios naturales?*, ITAM, México, 2000, p. 240.

<sup>30</sup> Art. 1103.

#### 4.4.3.2.3 Nivel mínimo de trato

Como mínimo las Partes se comprometen a brindar a los inversionistas y a las inversiones de las otras Partes "un trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad jurídica plenas".<sup>31</sup>

El fundamento del artículo 1105 es la seguridad jurídica a la IED bajo el régimen del derecho internacional, en los casos de que una inversión sufra pérdidas durante una guerra civil. Prevalece de esta forma la no discriminación del origen de la empresa afectada.

#### 4.4.3.2.4 Requisitos de desempeño

De acuerdo con el principio de no discriminación, las Partes convinieron en eliminar tales requisitos también llamados "requisitos para el desarrollo de la inversión" que se suelen imponer a la IED. El artículo 1106 del TLCAN prohíbe que las Partes exijan a las inversiones foráneas que: 1) tengan un nivel mínimo de exportación o del uso de bienes de producción nacional,<sup>31 bis</sup> 2) se dé preferencia a productos de fabricación local o a servicios prestados en el territorio de alguna de las Partes, 3) tengan una balanza positiva comercial o de divisas, 4) transfieran tecnología, 5) restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión genera so pretexto de relacionar estas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a ganancia en divisas que generen, y 6) la obligación de los inversionistas de actuar como proveedores exclusivos de un mercado específico sea regional o mundial.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Art. 1105.

<sup>31 bis</sup> México hizo algunas reservas con base en el Decreto para el Fomento y Modernización de la Industria Maquiladora de Exportación, Decreto para el Fomento y Operación de las Empresas Altamente Exportadoras y Decreto que establece programas de Importación Temporal para Producir Artículos de Exportación.

<sup>32</sup> *Vid.* art. 1106.1.

Lo que sí podrán hacer las Partes es condicionar los incentivos para la inversión en relación con la ubicación de la producción, prestación de servicios, capacitación y empleo de trabajadores, construcción o ampliación de instalaciones particulares o la realización de investigación y desarrollo en el territorio de la Parte en donde se haga la inversión.<sup>33</sup>

Las Partes acordaron excepciones al principio de requisitos de desempeño, entre las cuales están las medidas que exijan que una inversión emplee tecnología para cumplir con las leyes y reglamentos para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal, la preservación de los recursos naturales no renovables y la seguridad nacional. Pero estas medidas no pueden aplicarse arbitrariamente, ni tampoco deben ser restricciones al comercio o a la inversión extranjera.<sup>34</sup>

Asimismo, el artículo 1107 establece una prohibición en el sentido de requerir que la directiva de una empresa de alguna de las Partes ostente alguna nacionalidad en particular. Las Partes podrán exigir que la mayoría de los miembros del consejo de administración sea de una nacionalidad en particular o sea residente en el territorio de la Parte, siempre que el requisito no menoscabe materialmente la capacidad del inversionista para ejercer el control de su inversión.

#### **4.4.3.2.5 Transferencias**

Las Partes acordaron permitir la libre transferencia de recursos al exterior por conceptos de utilidades, dividendos, ganancias de capital, intereses, regalías, gastos por administración, pagos por asistencia técnica, ganancias en especie y otros montos derivados de la inversión, ya sea por su venta o liquidación. Estas remisiones al exterior

---

<sup>33</sup> Art. 1106.4

<sup>34</sup> Art. 1106.6

se harán conforme al tipo de cambio que prevalezca en el mercado el día de la transferencia. <sup>35</sup>

Las Partes sólo podrán impedir transferencias en casos de quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores; emisión, comercio y operaciones de valores; infracciones penales o administrativas o para garantizar el cumplimiento de los fallos en un procedimiento contencioso. <sup>36</sup>

#### **4.4.3.2.6 Expropiación y compensación**

Se contempla en el artículo 1110 del TLCAN la protección a los inversionistas de las Partes contra nacionalización o expropiación por parte de los gobiernos de las mismas. No siendo obstáculo para ello el que las Partes sigan manteniendo su soberanía para expropiar o nacionalizar propiedades de los inversionistas de las Partes en su territorio, sólo podrán hacerlo por causa de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias, con apego al principio de legalidad y mediante el pago de una indemnización.

Por lo que se refiere a la indemnización, de conformidad con el TLCAN, la misma será equivalente al valor justo del mercado que tenga la inversión expropiada en la fecha en que se realice la expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente y el valor activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles). <sup>37</sup> . El pago de la indemnización se hará sin demora y será completamente liquidable, se pagarán intereses en caso de demora a una tasa comercial de interés razonable a partir de la fecha de la expropiación hasta la fecha del día del pago. <sup>38</sup>

#### **4.4.3.2.7. Formalidades especiales y requisitos de información**

<sup>35</sup> Art. 1107.

<sup>36</sup> Art. 1107.4.

<sup>37</sup> Art. 1110.2.

<sup>38</sup> *Vid.* nuestra Ley de Expropiación y arts. 1110.3, 1110.4 y 1110.5 del TLCAN.

Las Partes pueden adoptar o mantener formalidades especiales conexas al establecimiento de inversiones por parte de inversionistas de alguna de otra Parte, tales como el requisito de que los inversionistas sean residentes de la Parte o que las inversiones se constituyan conforme a las leyes y reglamentos de la Parte, siempre que esas medidas no menoscaben materialmente la protección que les confiere el capítulo. <sup>39</sup>

"El punto 2 del artículo 1111 permite a las Partes exigir que el inversionista extranjero le proporcione información rutinaria relativa a su inversión, exclusivamente con fines de información y estadística. Dicha información será confidencial". <sup>40</sup>

Con lo anterior, persiste la facultad del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras (RNIE) de recopilar información de la existencia de la IED en México y tener un control de las mismas, poder realizar ajustes, correcciones y verificar tendencias de flujos de inversión, retroalimentar su política en la materia, entre otros beneficios.

#### **4.4.3.2.8. Medidas relativas al medio ambiente**

La inclusión de esta cláusula en el capítulo XI del TLCAN produjo temores de que los inversionistas extranjeros trasladaran sus unidades productivas a México, puesto que la legislación ambiental era más flexible aquí.

Estas preocupaciones desaparecieron en una gran parte con la negociación del acuerdo paralelo en materia ecológica, no obstante que el propio TLCAN contenía en su artículo 1114 una disposición que impedía alentar a las Partes a atraer inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud, seguridad o relativas a medio ambiente. En caso de que una Parte estime que otra Parte ha alentado la inversión por ese conducto, aquella podrá solicitar consultas con el propósito de evitar incentivos de esa clase.

---

<sup>39</sup> Art. 1111.

<sup>40</sup> Fernando Heftye, *Op.cit.*, p. 80.

#### 4.4.3.2.9. Excepciones a los principios de inversión (anexos)

Los principios de requisitos de desempeño, nivel de trato, libertad de transferencia y expropiación, no se aplicarán cuando las Partes hayan establecido alguna reserva en el TLCAN por lo que se refiere a sectores o actividades específicas, mismas que se contienen en los anexos que forman parte del capítulo de inversión.

En el Anexo I, los tres países establecieron sus reservas en lo relativo a la aplicación del principio de trato nacional. Se indica el sector y subsector de la actividad económica reservado, así como el tipo de la reserva, es decir, la disciplina respecto de la cual se aplica, el nivel de gobierno que mantiene la restricción y fundamento legal, descripción de la medida y, si es el caso, la liberalización gradual de la misma.<sup>41</sup>

En el Anexo I se conservó la limitación establecida en el artículo 27 Constitucional, de que los extranjeros y las empresas extranjeras no podrán adquirir el dominio directo de tierras y aguas, en una faja de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y 50 kilómetros a lo largo de las playas (Zona Restringida), pero se conservó también la posibilidad de que los inversionistas extranjeros adquirieran los derechos de uso y goce sobre este tipo de propiedad, mediante el fideicomiso.

El propio Anexo I contiene las reservas acordadas relativas a la aplicación de los servicios transfronterizos incluidos en el capítulo XII.

El Anexo II enumera los sectores, subsectores o actividades, contra las cuales cada Parte mantiene medidas que no se contemplan, y contra las cuales cada Parte se reserva el derecho de añadir en cualquier momento más medidas restrictivas.

México se reservó en este Anexo las siguientes actividades o sectores: 1) la adquisición y venta de bonos, pagarés u otro tipo de valores emitidos por el gobierno; 2)

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 81.

producción y transmisión privada de programas de radio, sistemas de transmisión multipunto, música continua y televisión de alta definición; 3) servicios de navegación aérea; 4) servicios de redes de telecomunicaciones; 5) servicios transfronterizos postales, de telecomunicaciones y ferroviarios; 6) servicios asociados con la energía y petroquímica básica; 7) servicios brindados a grupos sociales en situación económica desventajosa; 8) servicios legales (en relación con Estados Unidos); 9) servicios sociales, y 10) servicios prestados por personal especializado. (por ejemplo agentes aduanales).<sup>42</sup>

Canadá se reservó en el Anexo II los sectores, subsectores o actividades relacionados con: 1) poblaciones autóctonas y con las minorías; 2) requisitos de residencia para adquirir tierras en la franja costera; 3) inversiones en redes de telecomunicaciones, radiocomunicación y tendido de cables submarinos; 4) adquisición y venta de valores emitidos por el gobierno; 5) servicios sociales; 6) servicios de transportación aérea y transporte marítimo (con relación a Estados Unidos).<sup>43</sup>

Estados Unidos, incluyó en el Anexo II los siguientes sectores: 1) la adquisición de tierras en la franja fronteriza con Canadá; 2) televisión por cable; 3) servicios de telecomunicaciones (sin incluir los de valor agregado); 4) servicios sociales; 5) asuntos relacionados con las minorías; 6) servicios legales (con respecto a México); 7) publicaciones de periódicos y 8) transporte marítimo.

El Anexo III contiene las actividades reservadas al Estado por mandato constitucional, y únicamente lo presentó México. En él se cubren los sectores de los que están excluidos los inversionistas extranjeros: 1) el petróleo, hidrocarburos y petroquímica básica; 2) electricidad;<sup>43 bis</sup> 3) energía nuclear y tratamiento de materiales

---

<sup>42</sup> *Ibidem.*, p. 82.

<sup>43</sup> *Idem.*

<sup>43 bis</sup> El 23 de diciembre de 1993 se publicó en el *DOF* el decreto mediante el cual se reformó la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica para establecer que no se considerará servicio público la generación

radiactivos; 4) comunicaciones vía satélite;<sup>43 Bis bis</sup> 5) servicios de telégrafo y radiotelegrafía; 6) servicios postales; 7) ferrocarriles; 8) emisión de billetes y acuñación de moneda; y 9) control, inspección y vigilancia de puertos, aeropuertos y helipuertos.<sup>44</sup>

México también se reservó la facultad para en caso de que se decida abrir a la participación privada alguna de estas actividades, excluya la participación de inversión extranjera.

El Anexo IV contempla las reservas que los tres países hicieron a la obligación de conceder el trato de nación más favorecida (art. 1103). Los sectores reservados fueron los mismos para los tres países, y corresponden a transporte aéreo, pesca, asuntos marítimos y redes y servicios de telecomunicaciones (con excepción de lo previsto en el capítulo XIII referente a telecomunicaciones, o a la producción, venta o derechos de programación de radio y televisión).<sup>45</sup>

Tampoco se aplica el principio de la nación más favorecida a los tratados bilaterales o multilaterales firmados o que ya hayan entrado en vigor antes de la entrada en vigor del TLCAN, ni respecto de los programas presentes o futuros de cooperación internacional para promover el desarrollo económico.<sup>46</sup>

---

de energía eléctrica para autoabastecimiento, cogeneración o pequeña producción; la generación de energía eléctrica que realicen los productores independientes para su venta a la Comisión Federal de Electricidad; la generación de energía eléctrica para su exportación, derivada de la cogeneración, producción independiente y pequeña producción; la importación de energía eléctrica por parte de personas física o morales, destinada exclusivamente al abastecimiento para usos propios, y la generación de energía eléctrica destinada al uso de emergencias derivadas de interrupciones en el servicio público de energía eléctrica.

<sup>43 Bis bis</sup> El 2 de marzo de 1995 se publicó en el *DOF* el decreto mediante el cual se reformó el artículo 28 Constitucional para hacer susceptibles de concesión los ferrocarriles y las comunicaciones vía satélite.

<sup>44</sup> Alan M. Rugman y Micael Gestrin, "Las cláusulas de inversión en el TLC", en Steven Globerman y Michael Walker (compiladores), *El TLC: un enfoque trinacional*, FCE, México, 1994, p. 284.

<sup>45</sup> Fernando Heftey, *Op. cit.*, p. 83.

<sup>46</sup> *Ibidem.*, p. 84.

En total, México tiene el mayor número de reservas en los artículos sobre inversión, con 89, seguido por Estados Unidos con 50, y Canadá con 48.<sup>47</sup>

#### **4.5. Solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte: Capítulo XI, sección B del TLCAN**

No obstante que el propio TLCAN prevé un capítulo general para la solución de controversias que puedan producirse entre las Partes con motivo de la aplicación e interpretación del mismo<sup>48</sup>, el propio capítulo XI contempla un mecanismo particular para la solución de controversias que se puedan suscitar entre inversionistas extranjeros y el Estado receptor de la inversión basado en el arbitraje internacional. Este mecanismo pretende asegurar un trato igual entre inversionistas de las Partes de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional y debido proceso legal ante un tribunal imparcial.<sup>49</sup>

Este sistema se hizo posible para México al haberse promulgado la Ley Sobre la Celebración de Tratados<sup>50</sup> misma que permite la realización de tratados internacionales en los que se instituyan mecanismos para la solución de controversias, con la condición de que se respete el principio de reciprocidad internacional, se otorgue la garantía de audiencia a los inversionistas, debido proceso legal y la integración imparcial de los órganos de decisión, condiciones que se prevén en el TLCAN.<sup>51</sup>

"Destaca el hecho de que por primera vez el Estado mexicano acepta dirimir controversias con inversionistas extranjeros en foros internacionales, abandonando la postura tradicional de que todos estos diferendos debían desahogarse en los tribunales

---

<sup>47</sup> Alan M. Rugman at. al., *Op. cit.*, p. 285.

<sup>48</sup> *Vid* Capítulo XX del TLCAN.

<sup>49</sup> Art. 1115.

<sup>50</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de enero de 1992.

<sup>51</sup> Art. 8 de la Ley.

nacionales".<sup>52</sup> Así, cualquier inversionista de una Parte podrá, a su elección, reclamar el incumplimiento del capítulo XI ante los tribunales de la Parte anfitriona o mediante el mecanismo de arbitraje "inversionista - Estado" del TLCAN. Estas medidas han generado polémica en relación con la posible violación de la Cláusula Calvo, pero esto lo trataremos a fondo en el próximo capítulo.

Se podrá someter a arbitraje inversionista- Estado, tanto a una entidad del gobierno federal, provincial o estatal de una Parte, como un monopolio o empresa del Estado de una Parte, que incumpla con una obligación contenida en el capítulo XI. Según C. Christopher Bercaw: "Los mecanismos de solución previstos en los capítulos XI y XX del TLCAN no se aplicarán a una decisión que resulte de la revisión de una inversión conforme a las disposiciones de la Ley de Inversiones de Canadá, de la Ley de Inversiones Extranjeras de México o de la Ley Exon - Florio de Estados Unidos".<sup>53</sup>

#### **4.5.1. Partes en el procedimiento arbitral**

Podrán acceder a este mecanismo los inversionistas extranjeros que hayan sufrido pérdidas o daños derivados de la violación de las disciplinas descritas en la citada sección A del capítulo XI, o bien cuando el Estado huésped de la inversión haya violado el artículo 1503(2), "Empresas de Estado", o el artículo 1502(3) relativo a monopolios y empresas de Estado.<sup>54</sup>

A decir de Fernando Heftye: "Si un Estado adopta un medida inconsistente con las obligaciones del capítulo XI pero no acarrea ningún daño o pérdida para los inversionistas extranjeros, entonces los otros dos Estados parte podrán reclamar la

---

<sup>52</sup> Fernando Heftye, *Op.cit.*, p. 84.

<sup>53</sup> *Op. cit.*, p. 398.

<sup>54</sup> *Vid.*, arts. 1116.1 y 1117.1.

eliminación de dicha medida a través del mecanismo de solución de controversias Estado-Estado plasmado en el capítulo XX del TLCAN".<sup>55</sup>

Asimismo, el período para ejercer la acción arbitral es de tres años a partir de la fecha en la cual el inversionista tuvo conocimiento por primera vez de la presunta violación, así como de las pérdidas y daños sufridos.<sup>56</sup>

Se pactó que el inversionista extranjero afectado sólo podrá iniciar el procedimiento arbitral una vez transcurridos seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación. Durante este período se pretende que el gobierno anfitrión llegue a un acuerdo con el inversionista extranjero por la vía de la consulta y negociación, antes de que se inicie el procedimiento arbitral.<sup>57</sup>

#### **4.5.2. Consideraciones generales**

Es importante para el Estado receptor de una inversión, al adoptar un mecanismo de solución de controversias de esta clase, evitar que dos procedimientos se lleven a cabo al mismo tiempo en torno a la misma medida, uno en los tribunales locales y el otro en el arbitral conforme a la regulación del capítulo de inversiones, puesto que se podrían dictar resoluciones contradictorias y estaría en duda la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales.

Lo anterior llevó a México a establecer una reserva contenida en el Anexo 1120.1, misma que establece que el inversionista tendrá que elegir entre dirimir su controversia a través de los tribunales mexicanos o por la vía arbitral contenida en el TLCAN. Hecha la elección, la misma será definitiva y exclusiva, perdiendo el

---

<sup>55</sup> *Op. cit.*, p. 85.

<sup>56</sup> Art. 1116.2 y 1117.2

<sup>57</sup> Art. 1120.1

inversionista extranjero la posibilidad de recurrir al otro medio de solución de la controversia.

Cabe aclarar que el inversionista extranjero mantiene el derecho de interponer los recursos administrativos en contra de la medida que le causó el daño o la pérdida, no siendo obstáculo ello para que pierda su derecho a promover el arbitraje. Pero una vez que acuda a instancias judiciales del país receptor de la inversión, se entiende que eligió dirimir la disputa en los tribunales nacionales, renunciando al derecho de acudir al procedimiento arbitral. Esta disposición tiene como objetivo evitar la multiplicidad de procedimientos arbitrales en contra del gobierno de México.

Únicamente podrán utilizar el mecanismo arbitral los inversionistas extranjeros, mas no podrán participar en el mismo sus "inversiones". Es decir, supongamos que si el Gobierno de México expropia la empresa IBM de México, podrá acudir a la instancia arbitral IBM de Estados Unidos como inversionista extranjero, pero no podrá hacerlo directamente IBM de México. Esto procura asegurar que las empresas constituidas en México solamente puedan recurrir a la justicia local.

#### **4.5.3. Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje**

El inversionista que decidió resolver la controversia por medio del procedimiento arbitral, notificará por escrito esa circunstancia, cuando menos con 90 días de anticipación a la presentación de la demanda. La notificación señalará lo siguiente: Nombre y domicilio y, en su caso, el de la empresa, las disposiciones del Tratado presuntamente incumplidas, las disposiciones aplicables, los hechos en que funde la demanda, la reparación solicitada y el monto aproximado de los daños reclamados.<sup>58</sup> Estos elementos son acordes con los sistemas jurídico procesales del derecho mexicano

---

<sup>58</sup> *Vid* art. 1119.

derivado del Romano - germánico y del *Common Law* que establecen la necesidad de defensa y la oportunidad de probar.

#### 4.5.4. Sometimiento de la reclamación al arbitraje

Una vez que el inversionista extranjero ha decidido resolver la controversia por medio del procedimiento arbitral, tendrá que someterse a las disposiciones de esta sección y con alguna de las siguientes reglas de arbitraje:<sup>59</sup>

a) El Convenio del CIADI (Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados), siempre que la Parte contendiente y la del inversionista, sean Estados parte del mismo.

b) El Mecanismo Complementario del CIADI, cuando sólo una Parte, es decir, la Parte contendiente o la del inversionista, sean Estado parte del Convenio del CIADI; o

c) Las reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).

A la fecha de la realización de este trabajo, de los estados signatarios del TLCAN, sólo Estados Unidos era parte del CIADI, por lo que las controversias que se susciten entre inversionistas de México y Canadá con respecto a medidas que adopte cualquiera de los dos países, por el momento, únicamente podrán ser resueltas mediante la utilización de las reglas de arbitraje de UNCITRAL. Cabe aclarar que en el caso de una controversia que involucre al gobierno de Estados Unidos, los inversionistas mexicanos o canadienses, en su caso, podrán utilizar las reglas del mecanismo complementario de CIADI, pues sólo exige que una de las partes sea miembro del mismo.

---

<sup>59</sup> Vid capítulo 3 de esta Tesis, apartados 3.5.4 y 3.6.2.1.

El hecho de adherirse a un mecanismo de arbitraje inversionista - Estado en el TLCAN, implicó un cambio de política y visión por parte de México, pues hasta entonces no había estado dispuesto a someter las controversias en materia de inversión al arbitraje internacional, incluyendo los tratados bilaterales de inversión y las convenciones MIGA, CIADI y OPIC, entre otras. Esta resistencia de México se atribuye a la ya tan mencionada "Doctrina Calvo".<sup>60</sup>

Sin embargo se pretendió mediante el capítulo XI en comento, que una controversia entre un inversionista particular y un gobierno se transformara en un conflicto entre gobiernos, tratando con ello de evitar la "protección diplomática" de los inversionistas extranjeros, con lo cual se salvaguarda parte de la Doctrina Calvo, pero en relación de agotar los recursos internos antes de acudir a instancias internacionales creo que sí se viola uno de los pilares de la doctrina.

#### **4.5.5. Requisitos previos para someter una controversia al arbitraje**

Para que un inversionista pueda someter la controversia al arbitraje deberá presentar por escrito su consentimiento a la otra Parte, estableciendo que se somete al mismo en términos de los procedimientos establecidos en el TLCAN, y que renuncia a su derecho de proceder a continuar cualquier procedimiento con respecto a la presunta medida violatoria adoptada por la Parte contendiente ante cualquier tribunal administrativo o judicial de acuerdo con la legislación de la Parte contendiente. Ello con el fin de evitar que dos procedimientos se lleven a cabo al mismo tiempo, tanto en tribunales nacionales como en paneles arbitrales.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> *Vid* apartado 3.8 de esta Tesis.

<sup>61</sup> Art. 1121 del TLCAN.

#### 4.5.6. Designación de árbitros y composición del Tribunal Arbitral

Una de las características más importantes en la conformación del Tribunal Arbitral es su carácter imparcial para resolver las controversias de forma justa y profesional.

El principio de autonomía de las partes, incluido en prácticamente todas las reglas procesales de arbitraje, es retomado pues las partes contendientes podrán designar a los árbitros y el número que crean conveniente para integrar el Tribunal.

De acuerdo con el artículo 1123 del TLCAN, en caso de que las partes contendientes (es decir, el inversionista extranjero y el Estado anfitrión de la inversión) no llegaran a un acuerdo al respecto, el Tribunal Arbitral estará integrado por tres árbitros. Cada parte designará un árbitro, el cual no podrá ser nacional de ninguna de las partes contendientes, y el tercero se elegirá por acuerdo entre las mismas. Este último será el Presidente del Tribunal y deberá ser elegido de una lista preestablecida de 45 árbitros, acordada por consenso entre los países signatarios del Tratado, y conformada por expertos con destacada trayectoria y profesionalismo en derecho internacional y asuntos de inversión. "Cabe destacar que los 45 individuos podrán ser de cualquier nacionalidad. La intención es, a la larga, establecer criterios más o menos uniformes respecto a la solución de controversias en materia de interpretación y alcance del capítulo XI del TLCAN".<sup>62</sup>

En el supuesto de que las partes contendientes no logren un acuerdo acerca de la integración del Tribunal Arbitral o en el caso de que una parte no designe árbitro o no logren acuerdo en la designación del presidente del Tribunal, el TLCAN prevé las siguientes reglas para realizar dicho nombramiento:

---

<sup>62</sup> Fernando Heftye, *Op. cit.*, p. 89.

Cuando aún no se haya integrado el Tribunal Arbitral en un plazo de 90 días a partir de que la fecha en que la reclamación se someta al arbitraje, el Secretario General del CIADI (el Secretario) nombrará a los árbitros, siempre y cuando, el Tribunal no haya sido establecido conforme a las reglas de arbitraje de la UNCITRAL, en cuyo caso, se hará de conformidad con dichas reglas. En el caso de que el Secretario tenga que nombrar al presidente del Tribunal, lo hará de entre la lista antes mencionada, respetando la disposición acerca de la nacionalidad del mismo. Si en dicha lista no hubiese un árbitro con las características para desempeñar ese cargo, lo seleccionará de la propia lista del CIADI. <sup>63</sup>

#### **4.5.7. El procedimiento Arbitral**

##### **4.5.7.1. Acumulación de procedimientos**

Resulta novedosa la inclusión en el capítulo XI de reglas para la Acumulación de Procedimientos Arbitrales. <sup>64</sup> Mediante este sistema se crea, a petición de una de las partes, un Tribunal de Acumulación que puede asumir jurisdicción sobre varios asuntos derivados de una misma medida adoptada por el país huésped de la inversión, con el objeto de que se ventile el procedimiento ante un sólo tribunal y evitar así la emisión de laudos contradictorios.

El Tribunal de Acumulación se establecerá conforme a las reglas de arbitraje de la UNCITRAL. <sup>65</sup> Este tribunal tendrá distinta jurisdicción que el Tribunal Arbitral y no podrá haber conflicto de competencia ya que ninguno deberá intervenir en la jurisdicción del otro. El Tribunal de Acumulación podrá solicitar que se suspendan los procedimientos del Tribunal Arbitral hasta que se resuelva lo relativo a la acumulación,

---

<sup>63</sup> Art. 1124 del TLCAN.

<sup>64</sup> Art. 1126.

<sup>65</sup> *Vid* capítulo 3, sección 3.5.4 de esta Tesis.

Cuando el Tribunal de Acumulación estime que las reclamaciones sometidas planteen cuestiones en común, de hecho y de derecho, el mismo puede acordar que: Asume jurisdicción, o bien que se desahogue y resuelva toda o parte de las reclamaciones de manera conjunta, de manera que estas resoluciones contribuyan a la resolución de otras evitando así resolver cada una por separado.

La parte que pretenda que se determine la acumulación de procedimientos, lo deberá solicitar por escrito al Secretario, estableciendo en dicho escrito como mínimo lo siguiente: "La necesidad de que se instale un Tribunal de Acumulación, el nombre de la parte contendiente o de los inversionistas contendientes contra los cuales se pretenda mantener el acuerdo de acumulación, el fundamento de la petición y la naturaleza del acuerdo de acumulación solicitada". Amén de entregar copia de la solicitud a la parte o partes contendientes o contra los que se pretende obtener el acuerdo de acumulación.

El Tribunal de Acumulación debe establecerse 60 días después de la fecha de la petición antes mencionada. En este procedimiento, por su mismo carácter especial, no se deja el nombramiento de los árbitros a la voluntad de las partes, sino es el Secretario general de CIADI quien deberá nombrar a los tres árbitros que componen el Tribunal de Acumulación de la lista de 45 árbitros que existe para tal efecto y, en su defecto, de las listas del CIADI.<sup>66</sup>

En el supuesto de que un inversionista que haya sometido una reclamación a arbitraje no haya sido mencionado en una determinada petición de acumulación en la que estime debe ser incluido, éste podrá solicitar por escrito al Tribunal de Acumulación su inclusión dentro del procedimiento. Esta solicitud deberá ser entregada a las partes contendientes.

---

<sup>66</sup> El Presidente deberá ser de nacionalidad distinta a la de las Partes y los otros dos árbitros deberán ser uno de nacionalidad de la Parte Contendiente y el otro de la nacionalidad de la Parte del inversionista contendiente.

#### 4.5.7.2. Notificación, sede y derecho aplicable al procedimiento

La parte contendiente deberá entregar a las otras partes en los lugares previamente establecidos: 1) notificación escrita de una reclamación que se haya sometido a arbitraje por supuestas violaciones al Capítulo XI a más tardar 30 días después de que la misma se sometió, y 2) copias de todas las comunicaciones y, en su caso, pruebas presentadas en el procedimiento arbitral.<sup>67</sup>

El derecho aplicable lo constituirán las propias disposiciones del TLCAN, las reglas aplicables del Derecho Internacional y la interpretación que en su caso formule la Comisión de Libre Comercio ("la Comisión") de una disposición del propio Tratado, las cuales serán obligatorias para el Tribunal Arbitral.<sup>68</sup>

El procedimiento arbitral se llevará a cabo en el territorio de una de las partes que a su vez sea parte de la Convención de Nueva York.<sup>69</sup> Además, dicho procedimiento se substanciará de conformidad con el CIADI, las reglas del Mecanismo Complementario de CIADI, o bien las reglas de arbitraje de UNCITRAL, dependiendo bajo qué reglas se hayan decidido para desarrollar el arbitraje. En este sentido, podemos establecer que "si bien es cierto que los tres países que firmaron el TLCAN son miembros de la Convención de Nueva York, parece que lo anterior se incluyó a la luz de posibles adiciones al TLCAN y con el propósito de evitar que el procedimiento arbitral se desahogue en jurisdicciones totalmente ajenas a la región".<sup>70</sup>

A decir de Claus Von Wobeser: "...las reglas de procedimiento aplicables a un arbitraje resultante del Capítulo XI del TLCAN serían el Convenio del CIADI o el Mecanismo Complementario del CIADI o las Reglas de UNCITRAL. Esas reglas

<sup>67</sup> Art. 1127.

<sup>68</sup> Art. 1131.

<sup>69</sup> *Vid* capítulo 3, apartado 3.5.1. de este trabajo.

<sup>70</sup> Fernando Heftye, "Inversiones Extranjeras", en *Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio II*, México, Universidad Iberoamericana, 1993, p. 40.

contienen disposiciones sobre el modo de determinar el derecho sustantivo aplicable al fondo de las controversias. Sin embargo, esas disposiciones no resultan aplicables al haber una disposición específica en el TLCAN –el Artículo 1131-1–, por la cual los tribunales que se constituyan conforme a la Sección ‘B’ del TLCAN decidirán las controversias ‘de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables al derecho internacional’. Se trata de una disposición muy importante de la cual se deduce que no será aplicable el derecho internacional de uno de los países miembros del Tratado.

“El que los árbitros deban decidir las controversias ‘de conformidad con este Tratado’ implica que no se limitarán a considerar las disposiciones de las secciones ‘A’ y ‘B’ del Capítulo XI, sino que tendrán que guiarse también por otras disposiciones generales como son las previstas en el Capítulo I que recoge los objetivos del Tratado”.<sup>71</sup>

Bis

#### **4.5.7.3. Dictámenes de expertos**

El artículo 1133 contempla que el Tribunal Arbitral, a iniciativa propia (con el consentimiento de las partes) o a petición de las partes contendientes, podrá designar uno o más expertos para dictaminar por escrito su opinión sobre asuntos ambientales, de salud, seguridad u otras materias científicas que haya planteado cualquier parte contendiente durante el procedimiento.

#### **4.5.7.4. Medidas provisionales de protección**

El Tribunal Arbitral podrá ordenar la ejecución de una medida provisional de protección o cautelar para preservar los derechos de la parte contendiente, o para asegurar que la jurisdicción del tribunal surta plenos efectos.<sup>71</sup> En este sentido, no se aclara nada acerca de la ejecución de dichas medidas, pero suponemos que la única

---

<sup>71</sup> Bis Op. Cit, p. 259-260.

<sup>71</sup> Art. 1134.

manera de hacerlo es mediante la justicia ordinaria en el Estado en donde se quiera tomar dicha medida.

#### **4.5.7.5. Laudo definitivo**

El laudo arbitral que expida el Tribunal únicamente podrá ordenar el pago de una compensación de carácter pecuniario y los intereses generados correspondientes, o bien, ordenar la restitución de la propiedad. En este último caso se deberá otorgar al Estado responsable de atacar el laudo, la posibilidad de pagar una indemnización monetaria cumpliendo con todos los requisitos de transferencia e indemnización por expropiación ya anteriormente mencionados. En ningún caso se podrá ordenar el daño de pagos punitivos ni la modificación o eliminación de la medida adoptada, ya que el solicitar eso será objeto del procedimiento general de solución de controversias del capítulo XX del TLCAN.

Las reglas de publicación del laudo arbitral varían según el Estado que sea parte en la controversia, es decir: 1) En el caso en que Estados Unidos y Canadá sean partes se publicarán todos los casos. 2) En el caso de que México sea parte, la publicación se hará o no se hará de conformidad con las reglas que se utilizaron para el procedimiento correspondiente. Es posible que nuestro país haya establecido esta regla pues considera que en ocasiones puede no ser apropiada la publicación del laudo debido a que dañaría la imagen del país o de una empresa mexicana.

#### **4.5.7.6. Ejecución del laudo**

El laudo que se dicte de conformidad con el procedimiento antes mencionado, será obligatorio únicamente para las partes contendientes y sólo respecto del caso concreto, por lo que las partes deberán acatar y cumplir el laudo sin demora.

Para que una parte pueda solicitar la ejecución definitiva, se deberán reunir los siguientes requisitos, dependiendo de las reglas que se apliquen en el arbitraje: <sup>72</sup>

a) Que, en el caso de un laudo definitivo dictado conforme al convenio del CIADI, hayan transcurrido 120 días desde la fecha en que se dictó el laudo y ninguna parte contendiente haya solicitado la revisión o anulación del mismo y haber concluido los procedimientos de revisión o anulación.

b) Que, el caso de un laudo definitivo dictado conforme al Mecanismo Complementario del CIADI o las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, hayan transcurrido tres meses desde la fecha en que se dictó el laudo y ninguna parte contendiente haya iniciado un procedimiento para revisarlo, desecharlo o anularlo o un tribunal haya desechado o admitido una solicitud de reconsideración, desechamiento o anulación del laudo y esta resolución no pueda recurrirse.

Cada una de las partes llevará a cabo la debida ejecución de un laudo en su territorio. Cuando una parte contendiente no acate o incumpla un laudo definitivo, la Comisión, a solicitud de la Parte cuyo inversionista fue parte en el procedimiento de arbitraje, integrará un panel de conformidad con lo previsto en el Procedimiento General de Solución de Controversias del TLCAN. El objeto de invocar el procedimiento anterior es obtener, por un lado, una determinación en el sentido de que el incumplimiento de los términos del laudo definitivo es contrario a las obligaciones de este Tratado y, por el otro, una recomendación en el sentido que la parte se ajuste y observe el laudo definitivo.

El inversionista contendiente una vez que tenga el laudo podrá recurrir a la ejecución del mismo mediante la justicia ordinaria del país en donde la ejecución se

---

<sup>72</sup> Art. 1136.

llevará a cabo de conformidad con el convenio de CIADI, la convención de Nueva York o la Convención de Panamá.

#### **4.6. Excepciones al procedimiento de resolución de controversias en materia de inversión**

La resolución o medida de una Parte que prohíba o restrinja la adquisición de una inversión en su territorio por un inversionista de otra Parte, que se realice de conformidad con artículos 2102 del TLCAN, "Seguridad Nacional", no estarán sujetas a ningún procedimiento de resolución de controversias.

Asimismo, no se aplicará el procedimiento de Resolución de Controversias en materia de inversiones: <sup>73</sup>

1) En el caso de Canadá, a una decisión de éste que resulte de someter a revisión una inversión conforme a las disposiciones de *Investment Canada Act*, relativa a si debe permitirse una adquisición que esté sujeta a dicha revisión,

2) En el caso de México, a una decisión de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras que resulte de someter a revisión una inversión conforme a las reservas hechas por México en el TLCAN, relativas a si debe permitirse una adquisición de empresas nacionales por inversionistas extranjeros que esté sujeta a dicha revisión.

De acuerdo con Fernando Heftey el esquema de solución de disputas contenido en la sección B del Capítulo XI "aspira a convertirse en un esquema de vanguardia en el mundo del arbitraje internacional y pretende ser un vehículo para desvincular este tipo de disputas en la arena política". <sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> Art. 1138.2.

<sup>74</sup> *Op. cit.*, p. 93.

#### 4.7. Arbitrajes que se han desarrollado conforme a la sección B del capítulo XI

Durante los primeros cinco años de aplicación del TLCAN, se han llevado ocho casos mediante este mecanismo: En tres de ellos inversionistas de Estados Unidos demandaron al gobierno mexicano; en cuatro, inversionistas nuevamente estadounidenses demandaron al gobierno canadiense, y por último, en uno inversionistas canadienses demandaron al gobierno estadounidense. De ninguno ha habido laudo definitivo, excepto en el caso de Metalclad a favor de inversionistas estadounidenses y contra del gobierno de México.<sup>75</sup>

De acuerdo al informe de actividades de CIADI de 1998, sólo se conoce certeramente de dos arbitrajes que se han desarrollado conforme al Capítulo XI, con la aplicación del Mecanismo Complementario de este mismo organismo. Los casos son una demanda de la empresa Metalclad Corporation, y el segundo es una demandada de

---

<sup>75</sup> “En 1993 Metalclad Corporation adquirió la empresa mexicana Confinamiento Técnico de Residuos Industriales (Coterin) para desarrollar y operar un confinamiento controlado de residuos peligrosos ubicado en Guadalcázar (San Luis Potosí). Con la adquisición de la compañía compró también el terreno conocido como La Pedrera, que contaba con permiso Federal para construir el confinamiento otorgado por el INE...así como el permiso de uso de suelo otorgado por el Estado de SLP...la compañía asumió un pasivo ambiental de 20 mil toneladas de residuos peligrosos, mismos que los dueños anteriores tenían almacenados previamente en el predio. Un informante señaló que Metalclad nunca ingresó un solo gramo de residuos peligrosos al terreno.

“En relación con el trato injusto e inequitativo, Carvajal explicó que en materia de residuos peligrosos la competencia es federal; sin embargo, ‘el municipio bloqueó la inversión de la empresa al negar la licencia de construcción con argumentos que no eran de su competencia. Además, aseguró la SEMARNAP, permitió que su autoridad y sus permisos fueran ignorados por el municipio, lo que dejó en indefensión a Metalclad’.

“Adicionalmente, dijo el municipio de Guadalcázar ‘nunca había expedido ni requerido de licencia de construcción alguna, lo que prueba un trato discriminatorio por parte de la autoridad municipal’.

“En este contexto, el tribunal estimó que la negativa del municipio encuadra en lo que el TLCAN considera como una medida equivalente a una expropiación, al constituir una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tuvo como consecuencia el privar totalmente al propietario del uso o beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad.

“El tribunal consideró que el Decreto Ecológico que el gobernador de SLP dictó el 20 de septiembre de 1997, tres días antes de concluir su mandato, tuvo como efecto impedir para siempre la operación del confinamiento.”

El laudo emitido por el Tribunal Internacional en contra de México, le obliga a pagar a la empresa Metalclad 16.7 millones de dólares, por haber violado los artículos 1105 (trato justo y equitativo, en este caso a Metalclad) y 1110 (expropiación y compensación) del TLCAN. (José de Jesús Guadarrama y Felipe Gazcón, “Millonaria sanción a México; debe pagar 16 mdd a Metalclad”, en *El Financiero*, México, 8 de septiembre del 2000, p. 22.)

Robert Aziman y otros, en ambos casos el demandado es México. Sin embargo, algunas publicaciones extranjeras como *Inside U.S. Trade* y *Americas Trade*, datos de SECOFI y del CIADI han difundido la existencia de otros conflictos que al parecer han originado arbitrajes de acuerdo al Capítulo XI del TLCAN.<sup>76</sup> (*Ver cuadro anexo*).

---

<sup>76</sup> "Se mencionan cuatro conflictos entre empresas propiedad de inversionistas de Estados Unidos y el gobierno de Canadá, y un conflicto entre una empresa propiedad de inversionistas canadienses y el gobierno de Estados Unidos. En el primer caso la empresa S.D. Myers demandó al gobierno de Canadá por haber decretado en 1995 la prohibición de exportar desechos de PBC de Canadá a Estados Unidos. Previamente a este decreto, S.D. Myers realizó una inversión con ese fin por lo que alega que se causaron daños equivalentes a expropiación. (*America Trade*, 12 de noviembre de 1998). En el segundo caso, la empresa Ethyl Corp. demandó a Canadá por haber decretado la prohibición de comercializar un aditivo supuestamente contaminante, lo que Ethyl Corp. considera una violación a las disposiciones de trato nacional consignadas en la sección 'A' del Capítulo XI. (*Inside U.S. Trade*, 24 de julio de 1998). ..El tercer caso se refiere a la empresa Sun Belt Water, Inc., que demandó al gobierno de Canadá por no permitirle el manejo y exportación de agua fresca, lo que ha supuesto una violación a las normas de trato nacional del TLCAN, según la demandante. (*The Toronto Star*, 8 de diciembre de 1998). En el cuarto caso la empresa Pope & Talbot demandó al gobierno de Canadá por haber suscrito un Convenio con Estados Unidos con respecto a las exportaciones de maderas blandas, el cual originó diversas pérdidas a la demandada, la que alega que se le ha dado trato discriminatorio prohibido en el TLCAN...El quinto caso se refiere a una demanda hecha al gobierno de Estados Unidos por la empresa Loewen Group, Inc. la cual opera agencias funerarias en Estados Unidos. Loewen perdió un juicio en Estados Unidos, condenándosele a pagar 500 millones de dólares. Lo que Loewen pretende impugnar a través del Capítulo XI del TLCAN no es la sentencia, sino el requisito impuesto por una ley local de Estados Unidos de otorgar una fianza por 125 por ciento de la suma condenada, para poder apelar la sentencia. Loewen no pudo reunir esos fondos y alega que los daños causados por esta circunstancia constituyen una expropiación no indemnizada, trato discriminatorio y trato inferior al mínimo estipulado en el TLCAN." (Claus Von Wobeser, *Op. Cit.*, p. 263).

## RECLAMACIONES PRESENTADAS BAJO EL CAPÍTULO 11

(1994-1998)

<i>Reclamante</i>	<i>Notificación de intención</i>	<i>Daños reclamados (millones de dólares)</i>	<i>Estado</i>	<i>Reglas de arbitraje</i>
<b>Inversionistas de Estados Unidos vs. México:</b>				
Metalclad	10/96	90	Laudo definitivo pendiente	CIADI*
Desona	11/96	17	Laudo definitivo pendiente	CIADI
Acaverde	2/98	60	Laudo definitivo pendiente	CIADI
Cemsa	5/99	50	Laudo definitivo pendiente	CIADI
<b>Inversionistas de Estados Unidos vs. Canadá:</b>				
Ethyl Corp.	4/97	251	En julio de 1998 las partes llegaron a un arreglo. Canadá pagó a Ethyl Corp. 13 millones de dólares y retiró la prohibición aplicable al Comercio Internacional y provincial del aditivo de gasolina MMT.	CNUDMI**
S.D. Myers	10/98	20	Laudo definitivo pendiente	CNUDMI
Sunbelt Water	12/98	105-220	Laudo definitivo pendiente	CNUDMI
Pope & Talbot	12/98	30	Laudo definitivo pendiente	CNUDMI
<b>Inversionistas de Canadá vs. Estados Unidos:</b>				
Loewen Corp.	10/98	725	Laudo definitivo pendiente	CIADI
MTBE	7/99	970	Panel de árbitros por constituirse	

Fuente: Cuadro elaborado por Beatriz Leycegui y Guillermo Aguilar Álvarez, *Op. cit.*, p. 58.

\* Mecanismo complementario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

\*\* Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.

## CAPÍTULO 5

### REPERCUSIONES JURÍDICAS DE LA INVERSIÓN EN MÉXICO A LA LUZ DEL TLCAN

#### 5.1. Consideraciones preliminares

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) es parte ya de nuestro sistema jurídico desde 1994, es la culminación de reglas consensuales y negociadas con varios logros significativos. Se dice incluso que con ello ha imperado la diplomacia de las normas sobre la diplomacia del poder y se entró en una fase de innovación y recepción de influencias externas sin precedente.

No obstante se han fijado nuevas instituciones, reglas, procedimientos y sanciones que generan compromisos para los países signatarios y requirieron la armonización de sus diferentes legislaciones internas con varios problemas que este proceso conlleva.

Existen innumerables análisis sobre los problemas y efectos de los procesos de internacionalización y globalización mundial y la inserción de nuestro país en la apertura económica impulsada desde mediados de la década de los ochenta, pero poco se ha escrito a profundidad sobre el entorno y repercusiones jurídicas de este fenómeno económico en materia de inversión extranjera directa (IED).

A la fecha aún encontramos algunas contradicciones y aristas jurídicas entre el TLCAN y la legislación nacional en materia de inversión que es importante estudiar para evitar problemas de conflicto entre ambos sistemas jurídicos. De acuerdo con Héctor Fix, "podemos suponer que existe una correlación entre la economía y el orden jurídico, en la medida que corresponde al derecho institucionalizar y encauzar el modelo económico. Si este cambia, también el derecho debe modificarse."<sup>1</sup> Esto implica que el orden jurídico debe buscar actualizarse y recibir la influencia externa más avanzada y acorde con los intereses nacionales, con lo cual se requiere una armonización con el

---

<sup>1</sup> "Libre comercio y globalización del derecho", en *EL Tratado de Libre Comercio de América del Norte: análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo I, Jorge Witker (coord), México, 1993, p. 35.

derecho interno para que los inversionistas extranjeros cuenten con claridad y certidumbre.

Se ha hablado y escrito mucho sobre las bondades del Capítulo XI del TLCAN y su mecanismo de solución de controversias Inversionista - Estado, pero poco sobre las instituciones de derecho interno que podrían ser contradictorias o antagónicas con las del Tratado, para las cuales será necesario aclarar y encontrar soluciones, nos referimos sobre todo a la garantía de igualdad, la Cláusula Calvo y la jurisdicción territorial. Los países miembros se comprometieron a realizar profundas reformas en su legislación (en especial México) relacionadas con inversión extranjera, pero esto se ha hecho con poco cuidado y aparentemente violando preceptos constitucionales que pueden derivar en serios problemas.

## **5.2. Impacto del TLCAN en el incremento de la IED**

“En el lustro 1989-1993 el total de IED intraregional (es decir, la inversión total recibida por los tres países socios del TLCAN) fue de 36 mil millones de dólares (MDD). Al final de los primeros cinco años de aplicación del TLCAN, en cambio, la cifra se dispara a 111 mil millones. Es decir, en los primeros cinco años de aplicación del tratado, se ha más que triplicado el total de las inversiones directas entre las tres economías”.<sup>1 Bis</sup>

México ha suscrito varios tratados de libre comercio con varios países latinoamericanos a raíz de los beneficios experimentados con la aplicación del TLCAN, incluyendo los mismos principios de trato a la inversión (trato nacional y de nación más favorecida), libre transferencia de recursos, expropiación e indemnización y los mecanismos de solución de controversias.

Tales beneficios se aprecian en el intercambio comercial entre México y Estados Unidos, el cual superó los 185 mil millones de dólares durante 1998. Así, con tasas de crecimiento actuales, se puede prever que México se convertirá en los próximos diez años en el principal socio comercial de Estados Unidos. Nuestro país es hoy su segundo

---

<sup>1 Bis</sup> Arturo Borja Tamayo, “Oportunidad histórica, el TLCAN y la IED en México”, en *Ejecutivos de Finanzas*, núm.9, septiembre del 2000, México.

socio comercial, desplazando el año pasado a Japón, y sólo se encuentra detrás de Canadá.<sup>2</sup>

En sus primeros cinco años de operación, el TLCAN colocó a México en el mapa de las inversiones internacionales al recibir en el período 57 mil millones de dólares por concepto de IED (es decir casi tres veces el monto de inversión extranjera anual que se obtuvo durante los años previos a la vigencia del TLCAN), posición que permitió generar un millón de empleos. Asimismo hubo un crecimiento de 140% de las ventas externas mexicanas hacia los mercados de Estados Unidos y Canadá en el mismo periodo.<sup>3</sup>

En cuanto al origen de esta inversión que recibió nuestro país vía IED, 64% provino de América del Norte (59.8% de Estados Unidos y 4.2% de Canadá) y 21% de la Unión Europea. En 1998 los trabajadores que se emplearon en empresas con IED recibieron en promedio un salario diario de 48.43% mayor al salario diario promedio recibido por la totalidad de los registrados en el IMSS.<sup>3 Bis</sup>

Comprobamos así que los beneficios del TLCAN son indiscutibles, por ello es insoslayable que nuestro régimen jurídico se adapte correctamente a las disposiciones del tratado y se logre una homologación con estas nuevas normas internacionales.

### **5.3. El derecho mexicano en materia de inversión extranjera en una economía globalizada**

"El (TLCAN) significa para el sistema jurídico mexicano, al menos en algunos aspectos, abrir una nueva etapa de innovación y recepción de influencias externas. Esto puede parecer contrario a nuestra tradición nacionalista, pero en realidad hay que tomar en cuenta que nuestro derecho ha sido receptor de poderosas influencias externas en distintos períodos...el derecho español, el francés y el norteamericano, con algunos vestigios del derecho indígena)...El elemento nacional ha consistido, más que en un desarrollo propio, en la combinación y adaptación selectivas de elementos extranjeros y

---

<sup>2</sup> Informe de la Dirección de Comunicación Social de la SECOFI, *México y EEUU han consolidado una de las relaciones comerciales más dinámicas del mundo*, México, 14 de febrero de 1999, pp.1-2.

<sup>3</sup> Informe de la Dirección de Comunicación Social de la SECOFI, *En 5 años, México ha recibido 57 mil millones de inversión extranjera directa: HBM*, México, 7 de abril de 1999, pp. 1-2.

<sup>3 Bis</sup> Claus Von Wobeser, *Op. Cit.*, pp. 264-268.

nacionales. Las instituciones adquieren un perfil nacional precisamente por su funcionamiento en la realidad." <sup>4</sup>

Seguimos presenciando en la economía mundial los fenómenos de globalización e integración económica,<sup>5</sup> mismo que han desatado una férrea competencia entre los países por captar IED, uno de estos detonadores o atractivos para la misma es la de ofrecer un marco jurídico claro, seguro y que ofrezca certidumbre, pues en la medida que el país huésped ofrezca un sistema de apertura, estabilidad y rentabilidad, las probabilidades de incrementar los flujos de IED son mayores.

Los inversionistas extranjeros tienen una meta principal en sus intereses alrededor del mundo: obtener el más alto retorno de la inversión, con el menor riesgo. Es por ello evidente que el capital se mueva de un lugar a otro en búsqueda de los mayores beneficios. Algunos de estos factores que contribuyen a tomar la decisión de invertir en otro país son: situación legal, riesgos políticos y sociales, así como bajos salarios, bajos impuestos, exenciones arancelarias, nuevos mercados por desarrollar, ayuda gubernamental, entre otros. Así que, si el país receptor desea promover la inversión extranjera, los esfuerzos en este sentido son importantes, pero lo son más la predecibilidad, coherencia y continuidad de las reglas sobre IED.

Es por ello que el país huésped debe incluir en su esquema promocional suficientes elementos para proveer seguridad mediante información actualizada de oportunidades de inversión específica, datos sobre el avance de la economía y el mercado, así como legislación adecuada.

México ha seguido la corriente internacional al establecer un conjunto de reglas más abiertas que promueven la IED. Es verdad que las pasadas relaciones entre el gobierno y los inversionistas extranjeros no han sido benéficas o amigables, pero los tiempos, las circunstancias, y las actitudes han cambiado.

El marco legal de México ha sido creado aplicando el conocimiento y la experiencia en cada uno de sus momentos históricos, es por ello que los propósitos de la nueva legislación en materia de inversión se han ajustado para proveer certidumbre y siguiendo los estándares internacionales. Muchos autores piensan que la sección B del capítulo XI para resolver controversias entre una Parte (país miembro del TLCAN) y

---

<sup>4</sup> Héctor Fix, *Op. cit.*, p. 38.

<sup>5</sup> *Vid* apartado 1.2. de esta Tesis.

nacionales (personas físicas o morales) inversionistas de otra Parte son una condición *sine qua non* para brindar seguridad jurídica al inversionista y evitar que una controversia entre un inversionista particular y un gobierno se transforme en una controversia política o entre gobiernos.

El TLCAN significó un parte aguas en la estructura jurídica nacional y ha puesto fuertemente en el debate el tema de la jerarquía y la relación de los tratados internacionales respecto a la Constitución y las leyes, y en especial, el problema de los efectos de las contradicciones entre las normas internacionales y las internas.

El problema no tiene una solución exclusivamente jurídica, en la que prevalezca la norma interna, porque debe considerarse el origen de la norma internacional, su naturaleza y las circunstancias políticas como ya lo apuntamos arriba, pues la tendencia hacia la integración internacional se desarrolla incluso por encima de la voluntad favorable o contraria de las naciones Estado.

#### **5.4. Nuevas Figuras, legislación y procedimientos**

Las negociaciones del TLCAN significaron una interacción, comunicación, fricción y hasta enfrentamiento de dos tradiciones jurídicas con historia, conceptos, prácticas y estructura muy distintos: el *Common Law* (Estados Unidos y parcialmente Canadá) y el *Romano Germánico* (México).

Surgieron a la luz del derecho internacional figuras y conceptos nuevos en el sistema jurídico mexicano como son los órganos supranacionales y los sistemas de solución de controversias.

A decir de Luis Miguel Díaz y Antonio Garza:

"El marco jurídico mexicano para este mecanismo está integrado por la Constitución; la Ley sobre la Celebración de Tratados (artículos 8, 9, 10 y 11); el título sobre el procedimiento arbitral del Código de Comercio; las disposiciones sobre sentencias; laudos arbitrales privados y demás resoluciones extranjeras del Código Federal de Procedimientos Civiles; la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York); la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Convención de Panamá); la Convención Interamericana sobre la Eficacia

Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros de 1979 y la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras de 1984.”<sup>6</sup>

Como vemos la legislación en la materia es amplia, los mecanismos internacionales ya los tratamos en capítulos anteriores, por lo que en este nos enfocaremos sobre todo a los problemas Constitucionales que implica la aplicación específicamente del Capítulo XI.

Si bien no se crea una jurisdicción supranacional, los paneles arbitrales generarán, con el tiempo un conjunto de decisiones que influirán en la aplicación del TLCAN y en las prácticas administrativas y legislativas de los tres países.

Ante los problemas de la administración de justicia nacional como son la ineficiencia, burocratismo, abuso y corrupción, se decidió dar la opción de solucionar diferencias mediante instancias supranacionales incorporadas al TLCAN mediante los paneles arbitrales en varias materias, incluyendo los especiales para resolver los conflictos entre inversionistas extranjeros y el Estado huésped.

#### **5.5. La Ley sobre Celebración de Tratados y problemas constitucionales en inversión**

Dicha Ley, en su artículo 8, contiene disposiciones relativas a los mecanismos de solución de controversias, mismas que se pueden incluir en tratados internacionales. Esto constituye una omisión de los artículos 27, 103 y 104 constitucionales, pues señala:

“Cualquier tratado o acuerdo interinstitucional que contenga mecanismos internacionales para la solución de controversias legales en que sean parte, por un lado la Federación, o personas físicas o morales mexicanas y, por el otro, gobiernos, personas físicas o morales extranjeras u organizaciones internacionales deberá:

I. Otorgar a los mexicanos y extranjeros que sean parte en la controversia el mismo trato conforme al principio de reciprocidad internacional.

---

<sup>6</sup> “Los mecanismos para la solución de controversias del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 17, núm. 17, México, 1993, p. 73. Ver también el apartado 3.4. de esta Tesis, en donde se analizan estos instrumentos internacionales a detalle.

II. Asegurar a las partes la garantía de audiencia y el debido ejercicio de sus defensas; y

III. Garantizar que la composición de los órganos de decisión aseguren su imparcialidad".<sup>7</sup>

Dicha Ley carece de fundamento constitucional ya que una ley no puede limitar o anteponerse a los preceptos de la Constitución, pues se iría contra el principio de Supremacía Constitucional.

Se olvida que en la fracción I del artículo 27, el contenido de la Cláusula Calvo no es la de prohibir el someterse a la protección de otro Estado, como se afirmó en el Dictamen de la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Senadores:

"Debe descartarse, que el principio conocido como "Cláusula Clavo" no se altera con la presente Ley, en la inteligencia de que al someterse a un mecanismo internacional de solución de controversias, en modo alguno podría pensarse que se está invocando la protección de un gobierno extranjero." <sup>8</sup>

Por una parte, es independiente si el tribunal es de otro Estado o de un organismo internacional, porque los competentes son los tribunales nacionales en las materias contenidas en nuestro artículo 27, sin privilegio para los extranjeros, quienes deberían acatar también la legislación y jurisdicción nacional en relación con sus bienes adquiridos en nuestro territorio (según lo establecido).

Por la otra, no se establece ninguna limitante para que las sentencias dictadas en las instancias internacionales (llámense CIADI, Convención de Nueva York, etc.) puedan ser sujetas a revisión, por lo que podríamos estar en contravención de los artículos 103, 104 y 107 de nuestra Carta Fundamental.

Aunque la tendencia en el ámbito mundial es la de no agotar los recursos internos y obtener sentencias definitivas sin posibilidad de revisión interna. Cabe entonces la posibilidad de reformar la Constitución para hacerla compatible con estas nuevas disposiciones.

---

<sup>7</sup> Ley sobre la Celebración de Tratados, Diario Oficial de la Federación, 2 de enero de 1992.

<sup>8</sup> Dictamen de la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Senadores, Doc. LV-029-91 (I), p. 15.

## 5.6. Problemas constitucionales del Capítulo XI del TLCAN

Se habla mucho sobre las bondades y beneficios del Capítulo XI de Inversión del TLCAN y su sistema de solución de controversias, pero existen algunas instituciones de derecho interno que pudieran ser contradictorias o antagónicas con las disposiciones del TLCAN y que será necesario resolver. En este sentido me refiero sobre todo a: 1) La garantía constitucional de igualdad, 2) La doctrina y Cláusula Calvo y 3) La jurisdicción territorial.

### 5.6.1. Disposiciones del TLCAN en conflicto con la Garantía de Igualdad

Las Garantías son el mecanismo que consagra la Constitución para salvaguardar un derecho humano determinado, son el medio formulado por la misma para asegurar el goce de los derechos fundamentales del hombre, quien por el sólo hecho de serlo, tiene y ha de tener siempre.<sup>9</sup>

Nuestra Ley Fundamental establece estos derechos del hombre a lo largo de la misma, pero sobre todo en su parte dogmática (artículos 1 al 29), protegidos mediante el mecanismo de la Garantía Individual, mismas que representan el sustento y objeto de las instituciones sociales. Asimismo estos preceptos gozan de las mismas características de los demás artículos de la Constitución como son el principio de supremacía constitucional (artículo 133)<sup>10</sup>, el de rigidez constitucional (artículo 135)<sup>11</sup> y el principio de inviolabilidad de la Constitución (artículo 136).<sup>12</sup> Nuestro sistema de gobierno tiene dos características fundamentales: 1) La organización de la soberanía, y

---

<sup>9</sup> Héctor Fix Fierro, "Comentario al artículo 1º de la Constitución", en *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones*, Cámara de Diputados, Tomo I, Porrúa, México, 1996, p. 6.

<sup>10</sup> Que significa que las disposiciones de rango constitucional tienen prevalencia sobre cualquier norma o ley secundaria que se les contraponga y primacía de aplicación sobre la misma, por lo que las autoridades deben observarlas preferentemente a cualquier disposición ordinaria. (Ignacio Burgoa, *Las Garantías Individuales*, Porrúa, México, 1993, p. 187.

<sup>11</sup> Significa que las disposiciones de jerarquía constitucional no pueden ser modificadas o reformadas por el Poder Legislativo ordinario (el Congreso de la Unión), sino por un poder extraordinario integrado conforme a lo dispuesto en el artículo 135 constitucional. (Ignacio Burgoa, *Op. cit.*, p. 188).

<sup>12</sup> El principio de Inviolabilidad es la imposibilidad jurídica de que la Constitución sea desconocida, cambiada o sustituida por fuerzas que no emanen del poder constituyente o por grupos o personas que no expresen la voluntad mayoritaria del pueblo, ya que de hecho la Constitución es susceptible de infringirse por innumerables actos del poder público que la Constitución misma contempla. Es así que toda Constitución provee a su autodefensa incluyendo sistemas de control diversos. En nuestro país el control de la constitucionalidad se ejerce principalmente mediante el Juicio de Amparo. (Ignacio Burgoa, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 1992, p. 386.

2) la organización de un sistema de Garantías Individuales que, consideradas por el soberano mismo (el pueblo) como superiores a todas las instituciones, constituyen un campo impenetrable para la acción gubernamental que no se sujete estrictamente a la ley.

Así, la organización de las garantías constituye una esfera de inmunidades donde no puede penetrar el gobierno. Nos referimos aquí al pleno goce de la igualdad, libertad, propiedad y seguridad, las prerrogativas fundamentales del individuo que el Estado no puede violar, sin ir más allá de las restricciones que la misma Constitución contempla y la de velar por el bien público y la plena convivencia social.

En nuestra Carta Magna se contemplan Garantías de Igualdad en los artículos 1, 2, 4, 12 y 13. Aunque para los fines de este estudio nos interesa más el 1º que establece:

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

Toda persona dentro de nuestro territorio nacional goza de estos derechos sin distinciones de raza, sexo, origen social, religión, nacionalidad, etc.

De esta forma la igualdad ante la ley se entiende como un mismo tratamiento normativo para todos los sujetos que se encuentren dentro de ciertos supuestos jurídicos. El gobierno debe garantizar el goce de los derechos naturales a todos los habitantes de la República y no debe restringirse ni modificarse la protección concedida a esos derechos, sino con arreglo a la misma Constitución.<sup>13</sup>

Existe un principio en el derecho que dice "tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales". Si hablamos de inversionistas nacionales y extranjeros, tendremos que analizar hasta qué grado son diferentes pues "un trato desigual deben encontrar su fundamento y su razón de ser en una diferencia entre los sujetos comparados que sea razón eficiente y suficiente para justificar dicha diferencia de trato, de lo contrario, estaríamos en presencia de una discriminación."<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Ignacio Burgoa, *Las Garantías...*, pp. 251-253.

<sup>14</sup> Francisco González de Cossío, "Reflexión acerca de algunos problemas constitucionales suscitados por los tratados de inversión de los que México es parte", en *Jurídica: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 28, México, 1998, p. 317.

## 5.6.2. Las garantías individuales y los tratados internacionales

En su artículo 2, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>15</sup> define lo que es un tratado:

"Un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular".

Mientras que la Ley sobre Celebración de Tratados define así un Tratado:

"El convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de Derecho Internacional Público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos".

Con ello, en nuestro país las convenciones internacionales se derivan de la Constitución y de la Ley sobre Celebración de Tratados.

Los artículos 89 fracción X<sup>16</sup> y 133<sup>17</sup> constitucionales facultan al Presidente de la República para negociar y celebrar tratados internacionales con otros países o con otros organismos internacionales. Dichas facultades son sumamente amplias y no tienen más límites que los de la propia Constitución, fuera de las que dispone el artículo 15:

"No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano". (El subrayado es nuestro).

---

<sup>15</sup> Firmada el 23 de mayo de 1969 y que entró en vigor en nuestro país hasta el 27 de enero de 1980.

<sup>16</sup> Dice textual: "Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes: (...) X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado..."

<sup>17</sup> Este artículo establece: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados".

De esta forma, está prohibido celebrar tratados que vayan en contra de las garantías individuales, pues nos llevaría a la anticonstitucionalidad de los mismos. Esta afirmación la refuerza el artículo 133, al disponer que tanto las leyes del Congreso como de los tratados deben estar en concordancia con la Constitución, además estos últimos no deberán ser a su vez contradictorios con las disposiciones jurídicas expedidas por el Congreso de la Unión. Si no es así, estaríamos presenciando la aceptación del Estado mexicano de compromisos que pudieran no cumplirse, provocando también la posibilidad para la autoridad competente de aplicar ambas normas jurídicas, de decidir entre violar la ley o violar el tratado. En este último caso México pudiera estar incluso en una situación de incumplir su responsabilidad internacional. Por lo tanto ninguna opción es deseable y debe cumplirse con el principio de congruencia.

### 5.6.3. La Cláusula Calvo

#### 5.6.3.1. El *leitmotiv*

A reserva de haber tratado ya los antecedentes, principios y su inserción en la legislación mexicana en el apartado 3.8 de esta Tesis, la Cláusula Clavo es importante destacarla a la luz del Capítulo XI pues es una institución que ha generado polémica en relación con su aplicación y la aparente violación de los fines últimos que la constituyeron.

"La Doctrina Calvo encuentra su *leitmotiv* en la frontal colisión entre dos corrientes o principios opuestos y generalizados del Derecho Internacional Público. La primera de estas corrientes la representa el principio comúnmente referido en el *argot* legal internacional como la Fórmula de Vattel o la Fórmula Vatteliana, cuya denominación encuentra su origen en los escritos de Emmeric Vattel, y que sostiene que un daño a un extranjero constituye en verdad un daño al Estado de dicho individuo y, por ende, se justifica el que el Estado del individuo victimado tome medidas para obtener indemnización o compensación por daños causados por el agravio; en otras palabras la vilipendiada Protección Diplomática. La segunda de estas corrientes comprende principios tales como la jurisdicción exclusiva de los Estados, la no intervención y la igualdad jurídica de los Estados."<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Francisco González de Cosío, *Op. cit.*, pp. 321-322.

La primera de estas posturas fue seguida por los Estados desarrollados, mientras que la segunda por los Estados subdesarrollados, en especial los latinoamericanos, que la hicieron explícita mediante la Cláusula Calvo, que es una disposición contractual mediante la cual el extranjero se compromete a no invocar la protección diplomática de su gobierno en relación con sus actividades económicas del país huésped.<sup>19</sup> Ello recordemos que se hizo por el temor de que la institución de la protección diplomática fuera utilizada como excusa de presión económica o imperialista.

Esta doctrina abarca dos principios esenciales: 1) Los Estados son soberanos e iguales entre sí, por lo cual se rechaza la interferencia de otros Estados, sea esta Diplomática o por la fuerza; 2) Los extranjeros no pueden tener más derechos o privilegios que los que se conceden a los nacionales, por lo cual sólo pueden accionar en tribunales y autoridades locales.

A decir de Vedross, la responsabilidad de los gobiernos hacia los extranjeros no puede ser mayor que la que tiene con sus nacionales. El Estado está obligado a proveer instancias jurídicas internas que sean aptas, es decir proveer los medios para hacer justicia efectiva, plena y oportuna.<sup>20</sup>

### 5.6.3.2. Argumentos en pro y en contra

No obstante, la validez de la Cláusula Calvo ha sido cuestionada y debatida en la doctrina internacional. Han surgido así argumentos que favorecen a una y otra posición de la Cláusula Calvo:

1) Se afirma que un particular no puede renunciar a su derecho o privilegio de proteger a sus connacionales en el extranjero y hacer que la dignidad del Estado no sufra lesión alguna debido a la violencia ejercida en contra de su ciudadano.<sup>21</sup> Cabe recordar en contra de este argumento que la renuncia que hace el extranjero con la Cláusula Calvo no es al Derecho de la Protección Diplomática de sus nacionales que detenta el Estado, sino a la propia facultad de su nacional para exigir el ejercicio de dicho derecho a su favor.

---

<sup>19</sup> Loretta Ortiz Ahlf, "Mecanismos Internacionales para la solución de controversias internacionales en materia de inversión", en *Jurídica: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 21, México, 1992, pp. 388-389.

<sup>20</sup> Alfred Vedross, *Derecho Internacional Público*, Aguilar, Madrid, 1980, p. 342.

<sup>21</sup> Max Sorensen, *Derecho Internacional Público*, FCE, México, 1994, p. 558.

2) Si las condiciones mínimas que exige el derecho internacional no son ejercidas por el derecho interno de un Estado, existe una justificación válida para que se otorgue la protección diplomática para garantizar la justicia y equidad que merecen los extranjeros. Esta afirmación conocida como Doctrina de las Condiciones Mínimas que exige el derecho internacional tiene como limitante el principio de soberanía de los Estados y la jurisdicción exclusiva del país receptor de la inversión pues los recursos jurídicos y administrativos están supeditados al derecho local y no al internacional. Cabe resaltar que los extranjeros en el caso de México también tienen a su disposición el juicio de amparo para protegerse contra actos de autoridad injustos o anticonstitucionales. Sólo después de haber agotado los recursos judiciales y administrativos locales o en el caso de que el extranjero haya sufrido denegación de justicia o retraso notoriamente malicioso y voluntario en su administración, podrá acceder al recurso de la protección diplomática.<sup>22</sup>

3) Se dice que la igualdad no es el principio rector entre nacionales y extranjeros, por lo cual no es válido el consagrar dicha igualdad en la Cláusula Calvo. Cabría aquí resaltar que el extranjero no debe tener más derechos que los nacionales, por lo que "al renunciar contractualmente al privilegio de la protección diplomática, lo que se logra es que se formaliza contractualmente la regla de igualdad entre nacionales y

---

<sup>22</sup> "...resulta interesante mencionar el razonamiento seguido en el caso más importante que ha existido en cuando a lo que la Cláusula Calvo se refiere, el "**United States - Mexican Claims Commission in the case of the United States (North American Dredging Company of Texas) v. the United Mexican States**. En este caso, la Comisión decidió que la Cláusula Calvo era legal...constituye la primera ocasión en que una comisión trataba con amplitud el tema de la validez de la Cláusula Calvo, y la validez de la renuncia hecha en dichos contratos... (determinó asimismo) que la Cláusula Calvo es obligatoria para el individuo que celebró el contrato y, por ello, le precluye el presentar una petición a su gobierno en lo concerniente con cualquier queja relacionada con el contrato...(se sostiene además) el derecho del individuo para solicitar la protección de su gobierno (el cual es limitado por la Cláusula Calvo, excepto cuando exista una violación al derecho internacional).

La Comisión decidió que: 1) Los derechos renunciados eran los siguientes: el derecho a conducirse como si no existieran autoridades competentes en México; como si hubiera celebrado un contrato con un país inferior y como si los únicos recursos con los que verdaderamente contara para el cumplimiento, interpretación y ejecución del contrato fueran de acciones e instancias que proporcionaba el derecho internacional. El extranjero puede válidamente renunciar a los anteriores derechos. 2) Los derechos no comprendidos en la renuncia que implica la Cláusula Calvo son los siguientes: a) Cualquier derecho que la persona posee como ciudadano de los Estados Unidos (o, en su caso, cualquier otro Estado extranjero) en relación con cualquier asunto no relacionado con el cumplimiento, interpretación y ejecución del contrato mismo. b) El derecho a solicitar la protección de su gobierno en cuanto a violaciones al derecho internacional se refiere, concretamente a los actos ilícitos internacionales, ya sea que se deriven del contrato o de cualquier otra situación. c) El derecho de su gobierno a brindarle a dicho individuo protección general o la protección en contra de violaciones del derecho internacional." (Francisco González de Cosío, *Op. cit.*, pp. 333-335).

extranjeros".<sup>23</sup> Si los extranjeros en cambio aspiran a un trato superior se violaría la Garantía de Igualdad que establece el artículo 1º de la Constitución.

La Cláusula Calvo no sólo es en nuestro país derecho positivo, sino que tiene jerarquía constitucional y es por ello "Ley Suprema de toda la Unión" y está por encima de cualquier ley o acuerdo internacional; si se contradicen los principios de la Carta Fundamental serían aquellos anticonstitucionales.

### 5.6.3.3. Vigencia de la Cláusula Calvo

Hemos visto en los últimos años una ausencia de la Cláusula Calvo en las instancias y foros internacionales. En el caso de México no se han presentado nuevas discusiones sobre la aplicación y validez de la misma desde las Comisiones de Reclamaciones de los años treinta.<sup>24</sup> Esto se ha debido a varias razones:

1) Se han mejorado las condiciones de administración de justicia y estabilidad política y de buena voluntad en el hemisferio.

2) Se le ha reconocido por fin a la Cláusula Calvo un cierto grado de validez por parte de los países inversionistas.

3) Las relaciones entre el empresario extranjero y los gobiernos de América Latina son más cordiales y de beneficio mutuo que en el pasado en que predominaba la política del poder.

4) La opinión pública internacional y sus actores rechazan las actitudes de presión de la intervención diplomática, en la actualidad desprestigiada.

En nuestro derecho positivo se introdujo la Cláusula Calvo en el artículo 27 Constitucional como ya analizamos en capítulos anteriores.

Debido a que México ha tenido amargas experiencias a lo largo de su historia cuando ha aceptado someterse a la jurisdicción o arbitraje internacional como un mecanismo para resolver sus diferencias con otros Estados o ciudadanos extranjeros, había sido renuente a firmar tratados en los que se sometiera a estos mecanismos, como los Tratados Bilaterales de Inversión. Recordemos que la anterior postura se debió

---

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 332.

<sup>24</sup> *Vid* Apartado 3.7. de la presente Tesis: "Las Comisiones de Reclamaciones México - Estados Unidos".

también a los casos de arbitraje internacional como la Isla de la Pasión o de Clipperton, El Chamizal, Las Comisiones de Reclamaciones con Estados Unidos en donde las decisiones no fueron favorables a nuestro país.

No obstante, "la Cláusula Calvo ya no cumple la función para la cual fue creada, puesto que el Estado mexicano tiene hoy responsabilidad internacional por afectaciones a la persona y a las propiedades en México, con Cláusula Clavo o sin ella. Si esta interpretación es más aceptable, entonces una disposición de este tipo representa un obstáculo al necesario flujo de inversiones extranjeras al país, por ser una disposición que establece un condicionamiento al que deben someterse los extranjeros que adquieran propiedad inmueble en México.

"Aún más, a la Cláusula Calvo no se le ha utilizado y cuando ha habido afectaciones a las personas y propiedades de extranjeros en México, como sucedió durante la Revolución Mexicana a principios de siglo, los estados extranjeros reclamantes obligaron al Estado mexicano a crear 'comisiones mixtas de reclamaciones' que en el fondo eran instancias internacionales en las que los extranjeros obtuvieron una compensación que no fue reclamada ante tribunales mexicanos; compensación que, sin embargo, el Estado Mexicano se obligó a otorgar a esos extranjeros en contravención con el espíritu de la Cláusula Calvo."<sup>24 Bis</sup>

Es decir que si el Estado mexicano teniendo como base la Cláusula Calvo decide afectar bienes de extranjeros, puede ser demandado internacionalmente, hayan o no recurrido los extranjeros afectados a la protección diplomática, ello después de que la Corte Internacional de Justicia sentó jurisprudencia en los casos de *Nottebohm*, *Barcelona Traction* y otros en los que prohibió que cualquier Estado realice actos que afecten a las personas o propiedades de extranjeros en su territorio, pues de lo contrario incurrirían en responsabilidad internacional. Con ello se hace nula la finalidad última de la Cláusula Calvo.

Además, el fin primigenio de evitar la protección diplomática por temor a que ese hecho degenerara en una intervención armada de las grandes potencias no tiene razón de ser en nuestros días. Salvo en los casos en que la guerra civil se ha desarrollado en algunos países y para proteger la seguridad internacional, los derechos humanos o a sus nacionales las potencias han decidido intervenir (es el ejemplo de Yugoslavia).

---

<sup>24 Bis</sup> Leonel Péreznieto, "Dos mitos...", *Op. Cit.*, p. 122-123.

Durante todo el siglo XX y en lo que va de este, nunca se ha recurrido a la Cláusula Calvo en México, ni se ha realizado ningún procedimiento mediante el cual se haya despojado de sus bienes a un extranjero en beneficio de la Nación mexicana, debido a que tal extranjero haya solicitado previamente la protección diplomática de su gobierno, como lo señala el artículo 27 constitucional.

Dice Leonel Péreznieto: "En este contexto, una disposición como la Cláusula Calvo, además de obsoleta aparece como obstáculo. Pero lo más importante es que...le impide a México adherirse a convenios internacionales en los que se garantiza a la inversión extranjera contra actos abusivos por parte de los estados nacionales que, en última instancia serán decididos entre el inversionista extranjero y el Estado nacional mediante sistemas modernos de arbitraje internacional, como es el caso del convenio con el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, entre otros instrumentos de este tipo.

"...Varios países latinoamericanos en donde la Cláusula Clavo tuvo sus orígenes la han derogado de sus sistemas jurídicos y hoy en día forman parte de este tipo de convenciones internacionales porque saben que, de otro modo, las inversiones extranjeras no fluyen como lo requieren las economías de esos países; mientras que en México se continua con un concepto que históricamente tuvo su justificación, pero que hoy la ha perdido e, incluso, representa un obstáculo para su desarrollo económico. En estas circunstancias resulta más conveniente para los intereses de México derogar la parte correspondiente a la fracción I del artículo 27 constitucional."<sup>24 Bis bis</sup>

## **5.7. Problemas constitucionales del Capítulo XI de Inversión del TLCAN**

### **5.7.1. Normas jurídicas del TLCAN en contradicción con la Garantía de Igualdad**

De acuerdo con el artículo 1101,<sup>25</sup> los derechos contemplados en dicho capítulo sólo pertenecen a los inversionistas de los Estados Parte cuando los mismos invierten en otro Estado Parte. Es decir, se limitó su aplicación y protección sólo a los inversionistas extranjeros que sean nacionales de uno de los otros Estados Parte del TLCAN y sus inversiones.

---

<sup>24</sup> Bis bis *Ibidem*, pp. 128-129.

<sup>25</sup> *Vid.* Apartado 4.4.2. de este Trabajo: "Concepto de Inversión e inversionista".

Con ello se viola el artículo 1º de nuestra Constitución pues se le otorga a los extranjeros, o inversionistas de un Estado Parte, un tratamiento especial y preferente a su capital, con lo cual se excluye de estos privilegios o prerrogativas a los inversionistas nacionales. No sólo eso sino también en los artículos 1116 y 1117 se contempla que los primeros tendrán acceso al sistema de solución de controversias Inversionista - Estado establecido en la sección B del Capítulo XI para someter una reclamación a arbitraje cuando alguna Parte haya violado alguna disposición del TLCAN. Esto además de que a los titulares de dichos privilegios se les otorga trato nacional y otras disposiciones que les ofrecen seguridad jurídica.

Se confirma de esta manera que estando ambos sujetos, el inversionista de un Estado y el inversionista mexicano, en la misma situación jurídica (inversionistas), se le proporciona al primero prerrogativas adicionales y un trato privilegiado; siendo iguales se les trata como desiguales. Recordemos que la segunda parte del artículo 1º constitucional prevé que ésta garantía individual no debe "...restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que la Constitución misma establece".

De esta manera, "para que fuera válido y no atentara en contra de nuestro orden jurídico el haber incluido, vía un tratado internacional, un derecho adicional (por no decir prerrogativa o privilegio) en favor de algunos individuos expresamente excluyendo a otros, es necesario que dicha restricción o excepción encuentre un fundamento la Constitución misma, ya que al exponerlo en un tratado internacional (el cual no tiene la misma jerarquía que la constitución), se pasan por alto los principios de unidad lógica del orden jurídico, inviolabilidad de la constitución y de supremacía constitucional... Los negociadores del capítulo XI aparentemente olvidaron que el orden jurídico es una construcción escalonada de normas recíprocamente supra y subordinadas, donde la norma de nivel superior determina la producción de la norma inferior. Una ley de jerarquía inferior encuentra su fundamento y validez en una ley de jerarquía superior. Esto constituye la base de la filosofía kelseniana acerca de la pirámide del sistema jurídico..."<sup>26</sup> Puede por una parte afirmarse que aunque un mexicano no tiene en nuestro territorio los derechos que contempla el capítulo XI, pudiera compensarse con el hecho de que esos mismos privilegios están vedados a los inversionistas canadienses o estadounidenses en sus propios territorios y si cuenta con ellos el inversionista mexicano en el territorio de estos.

---

<sup>26</sup> Francisco González Cosío, *Op. cit.*, pp. 346-347.

Puede afirmarse por la otra que no existe en la Constitución ninguna disposición que permita al poder Ejecutivo restringir o limitar las Garantías Individuales mediante convenios internacionales aunque se les otorgue derechos a los mexicanos más derechos en otros países de forma tal que la discriminación que tienen en su propio territorio se compense al invertir en otro territorio. El artículo 15 de nuestra Constitución establece que: "No se autoriza la celebración...de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta constitución para el hombre y el ciudadano."

Dice, Rafael Pérez:

"Y es también importante no otorgar a inversores extranjeros beneficios mayores que a los inversores mexicanos, como son las garantías de que podrán sacar divisas del país en caso de que se estableciera un régimen de control de cambios, de indiciación de las indemnizaciones a divisas el Grupo de los Siete en caso de expropiación, y poder optar entre los tribunales nacionales o los árbitros internacionales, entre el derecho nacional y el que surge de los tratados y del difuso derecho internacional, con la posibilidad de optar por la protección diplomática de los países en que se originó la inversión en caso de que el Estado nacional (México) no cumpla con las disposiciones judiciales o arbitrales. Estos beneficios mayores no sólo implican una injusticia en términos abstractos, sino que otorga al inversor extranjero una mejor posición en el mercado, evitándole acumular reservas para casos de emergencia económica. En estos casos, resultarán los personajes privilegiados de la economía nacional."<sup>27</sup>

Estamos aquí en presencia de una desigualdad entre inversionistas nacionales y extranjeros evidente, lo que confirma la inconstitucionalidad de las disposiciones correspondientes del inversión en el TLCAN.

Los negociadores del multicitado Capítulo XI contrariaron al parecer el Principio de Juridicidad, el cual implica una subordinación sin excepción de todos los actos del poder público a las normas jurídicas preestablecidas,<sup>28</sup> pues introdujeron nuevas

---

<sup>27</sup> "El Tratado de Libre Comercio para América del Norte (NAFTA) y la inversión extranjera (México): Marco jurídico internacional del nuevo régimen de la inversión extranjera en México", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, Año 18, núm. 18, México, 1994, pp. 457-458.

<sup>28</sup> Ignacio Burgoa, *Garantías...*, p. 183.

instituciones sin analizar a fondo toda nuestra estructura legal que podría ser óbice contra la eficacia de las mismas, en especial los sistemas de solución de controversias contenidos en el TLCAN. Al encontrarnos en una situación en la cual dos normas se contradicen mutuamente sólo una deberá prevalecer o ser válida.

Esto constituye un punto escabroso en el ámbito del derecho internacional, pues el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece:

"Una parte (*Estado u organización internacional*) no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado..."

Mediante esta disposición se confirma la supremacía del derecho internacional sobre el interno, y debemos recordar también que somos parte de dicha Convención y si México incumple un tratado estaríamos en presencia de responsabilidad internacional del Estado mexicano, de ahí que el tema sea altamente espinoso.

## **5.7.2. Contradicciones entre las disposiciones del Capítulo XI y la Cláusula Calvo**

### **5.7.2.1. Igualdad de nacionales y extranjeros**

Es factible que se esté violando la Cláusula Calvo y las finalidades de nuestra tradición constitucionalista en esta materia, en dos sentidos: 1) Al otorgar a la inversión de un inversionista de otra Parte un mecanismo especial para resolver controversias para garantizar las prerrogativas otorgadas en la sección A del Capítulo XI, excluyendo de tales derechos a cualquier otro inversionista que no sea canadiense o estadounidense, con lo cual se da un trato más favorable a los extranjeros de los estados Parte que a los nacionales y se viola el principio de tratamiento igual a inversionistas nacionales y extranjeros contemplados por la filosofía de Calvo. 2) Al diseñar un mecanismo de solución de controversias "supranacional" <sup>29</sup> mediante el cual el inversionista extranjero puede evadir la jurisdicción de los tribunales locales que va contra la regla de Derecho Internacional que ordena que los recursos legales y tribunales del país huésped sean

---

<sup>29</sup> "La esencia de la supranacionalidad se da en la delegación de facultades de órganos internacionales y esta característica la encontramos en los paneles binacionales del TLCAN...El carácter supranacional se configura por una delegación de funciones de los Estados, en favor de una instancia igual o superior a los propios Estados, independientemente que esté revestido de un poder coercitivo". (Fernando Gómez Roch, *La supranacionalidad de las Resoluciones dictadas en los mecanismos de solución de controversias del TLC y el estado de derecho*, Barra Mexicana de Abogados. Themis, 1997, p. 499.

agotados antes de someter a una instancia internacional, misma que retoma la Cláusula Calvo.

A *contrario sensu* la existencia de un mecanismo de solución de controversias como el contemplado en el capítulo XI es un paso importante de evolución jurídica internacional e incluso creo que evita el ejercicio de la protección diplomática, puesto que al tener disponible tal mecanismo se evita que un inversionista extranjero que sufra algún agravio o falta pueda reclamar la inexistencia de vías legales para defender sus inversiones y menos aún la existencia de denegación de justicia.

Recordemos, de acuerdo con Luis Miguel Díaz y Antonio Garza: "un objetivo de negociar el capítulo sobre inversión es asegurar que los inversionistas en países extranjeros puedan, en ciertas circunstancias, tener acceso a órganos de decisión imparcial e independientes del Estado. Así, los inversionistas mexicanos en Canadá y Estados Unidos gozarán de derechos procesales optativos, que garantizan dicha imparcialidad e independencia...La premisa para determinar si existe igualdad entre mexicanos y extranjeros en el TLC, es que el principio de reciprocidad internacional sea observado plenamente..."<sup>30</sup>

En los últimos años la presión extranjera por eliminar la Cláusula Calvo del derecho positivo mexicano ha sido intensa para tratar de obtener mayores flujos de inversión.<sup>31</sup> Muchos juristas creen que incluso es una institución caduca, superada por la realidad y que no habiéndose aplicado en ningún caso desde la década de los treinta, sería necesario derogarla para obtener mayores beneficios, sobre todo de acuerdo con las políticas actuales de las naciones que requieren inversiones extranjeras que tienen por objetivo atraer este tipo de capitales para su desarrollo productivo y deseen contar con mecanismos más expeditos, prácticos y efectivos que los tribunales locales, como son los establecidos en la sección B del Capítulo XI del TLCAN.

El problema aquí es que la Cláusula Calvo es derecho positivo, tiene jerarquía constitucional y además de acuerdo con el principio de legitimidad, una norma sigue siendo válida en tanto no sea derogada mediante el procedimiento que el mismo orden jurídico determine, es decir, mediante una ley posterior de conformidad con lo

---

<sup>30</sup> *Op. cit.*, p. 75.

<sup>31</sup> El especialista Leonel Péreznieta sostiene que la Cláusula Calvo y la Zona Restringida, si bien en su momento constituían instituciones necesarias para la protección de los intereses nacionales ante los abusos de los países desarrollados, hoy en día constituyen obstáculos a la inversión extranjera y al desarrollo de los negocios que dicha inversión provoca.

establecido en los artículos 72 y 135 constitucionales. De lo anterior se colige que mientras exista la fracción I del artículo 27 de la Constitución, la Cláusula Calvo seguirá siendo obstáculo para la aplicación de Tratados Bilaterales de Inversión (BIT's) que incluyan disposiciones similares a las del capítulo XI del TLCAN.

Estas presiones han llevado a que las autoridades mexicanas renuncien a la Doctrina Calvo en los casos en que al hacerlo no se viola directamente una norma jurídica expresa. En nuestra legislación tal derogación se ha asumido mediante normas poco claras y algunas de ellas inconstitucionales. En cumplimiento de los compromisos en el TLCAN, se reformó la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, disponiendo que a los actos jurídicos que realicen PEMEX y la CFE se regirán por la legislación federal y las controversias nacionales serán competencia de los tribunales federales, salvo acuerdo arbitral. Dichos organismos tendrán derecho también a "convenir la aplicación del derecho extranjero, la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto".<sup>32</sup>

Un punto que también debemos resaltar es que un inversionista de un Estado Parte del TLCAN tiene la facultad de realizar "...actividades mercantiles o productivas en México bajo diversa personalidad jurídica y nacionalidad que en su país de origen, realizar un reclamo al que puede haber renunciado al solicitar la radicación de capitales o por interpretación amplia de la Cláusula Calvo. También le permitirá solicitar la protección diplomática por la falta de cumplimiento del laudo por parte de México. El Tratado favorece el abuso de personalidad jurídica por parte de empresas transnacionales y desvirtúa totalmente el sistema de nacionalidad de las personas morales establecido en la Ley de Nacionalidad. Por analogía sería como si una persona física pudiera desdoblarse y actuar en México como mexicano y, haciendo uso de una doble nacionalidad, reclamara contra México - país en su carácter de extranjero. Es así que una empresa con socios extranjeros o propiedad de una empresa extranjera tendría mayores derechos que una empresa con cláusula de exclusión de extranjeros o sin socios extranjeros, al tener la opción de recurrir a la justicia local o sacar al Estado mexicano de sus jueces nacionales y llevarlo ante árbitros que aplicarán el Tratado y el Derecho

---

<sup>32</sup> "Decreto que reforma, adiciona y deroga disposiciones de diversas leyes relacionadas con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte", *Diario Oficial de la Federación*, México, 22 de diciembre de 1993.

Internacional; la parte (el Estado mexicano, en nuestro caso) está obligado a aceptar la opción arbitral".<sup>33</sup>

### 5.7.2.2. Arbitraje vs agotamiento de recursos internos

Cabe preguntarse si con la renuncia a la jurisdicción interna para solucionar diferencias en materia de inversión del TLCAN se infringen algunas de nuestras disposiciones constitucionales. Recordemos que el artículo 104, fracción I de la Constitución establece:

"Corresponde a los Tribunales de la Federación conocer:

I. A. De todas las controversias del orden civil y criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano. Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal. Las sentencias de primera instancia podrán ser apelables ante el superior inmediato del juez que conozca el asunto en primer grado." (*El subrayado es nuestro* )

Este artículo, al igual que el 103 y 107 constitucionales, otorgan al Poder Judicial de la Federación y en última instancia a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el control constitucional para revisar que las leyes federales y los tratados internacionales no vayan en contra del Pacto Federal o violen las Garantías Individuales del mismo.

De esta manera cabría preguntarse si el Ejecutivo puede celebrar un Tratado mediante el cual se acepten mecanismos de solución supranacionales, cuyas resoluciones no sean revisadas por la Suprema Corte de Justicia, a pesar que en estos mecanismos se otorguen las garantías del debido proceso legal establecidas en nuestra Constitución.

Si afirmamos tal aseveración la consecuencia sería una igualdad jerárquica entre las resoluciones del mecanismo internacional aceptado y las resoluciones de la Suprema Corte.

A decir de Loretta Ortiz: "A nuestro modo de ver, el artículo 104, fracción II constitucional, establece una garantía esencial para los particulares, que sean precisamente los órganos jurisdiccionales señalados (el poder Judicial Federal y La

---

<sup>33</sup> Rafael Pérez Miranda, *Op. cit.* , pp. 450 - 451.

Suprema Corte)...quienes resuelvan en última instancia si se violaron o no las garantías individuales mediante tratado o legislación interna".<sup>34</sup>

Por lo cual una vez aceptado el mecanismo del Capítulo XI del TLCAN se presenta la opción de no agotar los recursos internos y por lo tanto no poder recurrir, una vez aceptada la vía de arbitraje, al amparo.

Con esto y sin querer entrar en detalles sobre el amparo, sólo quiero recalcar que, en caso de considerarse obsoleta la Cláusula Calvo y otras disposiciones y de optar por la adopción de normas internacionales que prevalezcan sobre el derecho interno (mismas a las que deberá someterse el Estado Mexicano), esto se debe hacer legislado de forma expresa y clara. Para evitar contradicciones o confusiones incluso se debe reformar la Constitución en los apartados necesarios e incorporar las disposiciones jurídicas en las leyes correspondientes, logrando armonización jurídica entre el derecho internacional y el interno.

De acuerdo con una postura monista o nacionalista, en nuestro país son entonces de dudosa constitucionalidad las disposiciones del TLCAN que permiten a los particulares y al mismo Estado no agotar los recursos legales internos y no poder recurrir a las instancias de los artículos 103 y 104 de la Carta Fundamental.

En el TLCAN se parte del principio de que el inversionista, al recurrir al procedimiento de solución de controversias, renuncia a solicitar la protección diplomática de su país de origen, aunque no se establece con claridad, ni en las reglas de UNCITRAL. Por su parte la Convención de CIADI determina expresamente que los Estados que la suscriban no concederán protección diplomática a sus nacionales si estos someten sus disputas al arbitraje, salvo que el Estado en cuestión no haya acatado el laudo o haya dejado de cumplirlo. Esta excepción no se ha evaluado a fondo, pues legitima la protección diplomática que expresamente prohíbe el artículo 27 de nuestra Constitución, y permite que tribunales ajenos al de la Parte demandada (en este caso México) tomen resolución definitiva.

Ahora bien otra postura es que no se debe contemplar el TLCAN como si fuera parte del derecho interno, en que los jueces deberían interpretarlo de acuerdo a los criterios, reglas y precedentes del derecho interno, o sea, como si fuera una más de las leyes nacionales: esto nos llevaría a considerar las resoluciones judiciales en la materia,

---

<sup>34</sup> *Op. cit.*, p. 398.

como decisiones sujetas al régimen de apelaciones y revisiones a que se sujetan todas las demás decisiones judiciales. A *contrario sensu*, si reconocemos las disposiciones del TLCAN como un instrumento internacional, los jueces podrán interpretarlo mediante criterios, reglas procesales, normas y precedentes jurídicos de derecho internacional, y podrá aceptarse correctamente la existencia de una jurisdicción especializada, no sujeta al control de los órganos jurisdiccionales propios de cada país. Además recordemos el principio *pacta sunt servanda* (o los tratados deben ser respetados) para lo cual no se debe alegar una interpretación de acuerdo al derecho interno de los Estados sino del internacional.<sup>35</sup>

El primero es sin duda un punto de vista monista nacionalista e inclusive un obstáculo a la finalidad originaria de crear una zona de libre comercio regida por normas de la *Lex Mercatoria* y del derecho internacional. Una posible solución al problema es retomar la "teoría dualista" del derecho internacional,<sup>36</sup> que sostiene, a diferencia de la "teoría monista", que el derecho internacional y el derecho nacional son dos órdenes jurídicos autónomos y diferenciados. Dice Jorge Adame:

"Cada orden jurídico tiene sus propias fuentes, sus propios ámbitos de competencia y sus propios ámbitos jurisdiccionales. Las relaciones que se dan entre el derecho nacional y el internacional no son entonces relaciones de jerarquía dentro de un orden jurídico unitario, sino relaciones de coordinación entre órdenes jurídicos diferenciados. Cuando ocurra que una determinada materia es objeto de derecho internacional como del nacional, la

---

<sup>35</sup> "...(haremos) a modo de ejemplo, un examen comparativo del artículo 94 constitucional con el artículo 2001 - 2 - c del TLC. Dice en el párrafo 5º del precepto constitucional citado que la Suprema Corte de Justicia podrá establecer jurisprudencia obligatoria para todos los tribunales en materia de interpretación de los tratados internacionales. Por su parte el artículo del Tratado dice que corresponde a la Comisión de Libre Comercio 'resolver las controversias que pudiesen surgir respecto a su interpretación'. Si la Constitución debe prevalecer sobre un tratado, pues este no es más una parte del orden jurídico nacional cuya base fundamental es la norma constitucional, se sigue que la interpretación que haga la Suprema Corte sobre el Tratado priva sobre la interpretación que haga dicha Comisión y, por lo tanto, que el Estado mexicano podría negarse a cumplir determinada obligación prevista en el tratado o en una recomendación de la Comisión, alegando que la Suprema Corte la ha interpretado en un sentido o en otro.

Pero admitir esta posibilidad sería negar la eficacia jurídica del Tratado pues equivale a decir que es obligatorio para cada una de las Partes solamente en el sentido y medida que cada una de las Partes interprete que es obligatorio, o que una sola de las Partes tiene derecho a interpretar el Tratado vinculativamente para las tres Partes (3 países)." (Jorge Adame Goddard, "El Tratado de Libre Comercio en el orden jurídico mexicano", en *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte: análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, Tomo I, (Coord. Jorge Wítker) Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1993, pp. 88-89.

<sup>36</sup> *Vid* Apartado 1.2.6. de esta Tesis "Derecho interno vs derecho internacional".

solución no está en ver cuál tiene mayor jerarquía, sino en definir si el problema encuadra en el ámbito de competencia del derecho internacional o del nacional...

Pero a esos dos estratos jurídicos específicos debe añadirse hoy un tercero, que en los últimos años ha tenido un gran desarrollo y que jugará un papel muy importante en el funcionamiento de la Zona Norteamericana de Libre Comercio, el derecho mercantil internacional. Siguiendo estas ideas, el orden jurídico no es un orden unitario, no es una "pirámide", sino un sistema ternario compuesto de tres estratos o subsistemas diferenciados, aunque coordinados entre sí: el derecho nacional, el derecho internacional público y el derecho mercantil internacional, cada uno con sus propias fuentes, ámbitos de competencia y órganos jurisdiccionales." <sup>37</sup>

## 5.8. Las nuevas tendencias en materia de arbitraje

En los procesos arbitrales como los del Capítulo XI del TLCAN, la solución de conflictos ha llegado a una importancia tal que se trata de un proceso no oficial, pero sí práctico y que ha roto el esquema de sumisión a una voluntad estatal caracterizada a menudo por su burocratismo, retrasos y corrupción, que la han desacreditado. Prácticamente se rompen casi todos los vínculos de control con el Estado.

Los copromitentes y el árbitro sólo requieren del Estado la coacción necesaria, más no soluciones, ni opiniones. Aún más, durante el proceso arbitral, no se admite la supervisión estatal. Como recordamos en capítulos anteriores, un tribunal arbitral no depende del tribunal estatal, pues sus actividades son independientes, aún cuando coincidan con las jurisdiccionales. Hay incluso en el Capítulo XI del TLCAN, disposiciones que permiten la renuncia a la actividad jurisdiccional del Estado y la aceptación o sometimiento a la actividad jurisdiccional del tribunal arbitral.<sup>38</sup>

A pesar de esta renuncia, los tribunales del Estado están obligados a colaborar con los tribunales arbitrales, para que estos puedan desarrollar correctamente su actividad.

Existen varios actos que puede realizar el Estado en apoyo de la actividad arbitral. En el TLCAN se establece que aunque las partes renuncien a su derecho de

---

<sup>37</sup> *Op. cit.*, pp. 100-101.

<sup>38</sup> Véase por ejemplo el artículo 1121 del TLCAN.

recurrir ante los tribunales del Estado para solucionar un litigio relativo a inversiones, si es posible que se solicite a dichos tribunales diversos tipos de medidas.<sup>39</sup> Dichas medidas serán para preservar los derechos de la otra parte contendiente o para asegurar que la jurisdicción del tribunal surta plenos efectos, incluso una orden para preservar las pruebas que estén en posesión o control de un parte contendiente u órdenes para proteger la jurisdicción del tribunal.<sup>40</sup>

La colaboración más importante de las autoridades estatales es la relativa al reconocimiento y ejecución de laudos emitidos por los tribunales arbitrales y establecida en tratados, convenciones, leyes modelo y reglamentos. Esto lo contempla el TLCAN que prevé la homologación.

Recordemos que en el caso de laudos arbitrales relativos a inversiones y que derivan del TLCAN, podrán ser reconocidos mediante el procedimiento de *exequatur* a que hace alusión tanto la Convención de Nueva York o la panameña, es decir, en los términos normales de tramitación conocidos por la doctrina.

No obstante también en el TLCAN se establece una vía alternativa para obtener tanto el reconocimiento como la ejecución de esos laudos. Así, en lugar de llevar el laudo ante las autoridades judiciales, el inversionista que obtuvo el laudo a su favor, podrá presentar ante la comisión Vigiladora del Tratado, una solicitud requiriendo "una determinación en el sentido de que el incumplimiento o desacato en los términos del laudo definitivo es contrario a las obligaciones de este Tratado", y donde tal Comisión, también dispondrá "una recomendación" en el sentido de que la Parte (se refiere a un país contratante) se ajuste y observe el laudo definitivo".<sup>41</sup>

Independientemente de lo anterior, la parte que considere que los panelistas han cometido una falta grave de parcialidad, o que tienen conflictos de intereses, o que han violado materialmente las normas de conducta o que se han apartado de manera grave de una norma fundamental procesal o que el panel se excedió ostensiblemente en sus facultades, podrá acudir al procedimiento de impugnación extraordinaria, reglamentado en el Anexo 1904.13 del propio Tratado, para lo cual se constituirá un Comité integrado por tres miembros, seleccionados de una lista de 15 jueces o ex jueces de los tres países,

---

<sup>39</sup> Artículos 1121 (1) (b) y 1121 (2) (b).

<sup>40</sup> Artículo 1134.

<sup>41</sup> Artículo 1136.

quienes emitirán una resolución que será obligatoria para las partes en controversia, anulando el fallo original del panel.

El artículo 1904, inciso 11, parte última del TLCAN dispone que "ninguna de las partes establecerá en su legislación interna la posibilidad de impugnar ante sus tribunales nacionales una resolución de un panel", lo que sin duda habrá de plantear problemas frente al juicio de amparo ya que este recurso procede en contra de "leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales" (artículo 103 constitucional) como lo analizamos arriba.

Para concluir es importante destacar que México vive ya un nuevo modelo económico, nuestro sistema jurídico es más abierto y favorable a la inversión extranjera; debemos optar por la posición internacional en el tema, de apertura, imparcialidad y de acuerdo a la *Lex mercatoria*. Pero es necesario resolver los problemas jurídicos y conflictos entre las leyes nacionales mexicanas (fundamentalmente constitucionales) y los derivados de los acuerdos comerciales internacionales suscritos por nuestro país para que el capital extranjero se sienta seguro y, por tanto, sus inversiones fluyan aún más al país.

Lo cierto es que hemos avanzado mucho pues hoy la inversión extranjera con el TLCAN y sus efectos en nuestra legislación, a pesar de todo, aseguran mayor seguridad, igualdad y certidumbre que nunca en toda nuestra historia.

## CONCLUSIONES

1. La historia de México en relación con la inversión extranjera directa (IED) ha sido difícil. Se han impuesto mecanismos jurídicos sobre la materia que han evolucionado y respondido a sus diferentes momentos históricos, oscilando entre la apertura, como en los casos del liberalismo de Juárez o el Porfiriato, hasta la etapa proteccionista y nacionalista derivada de la Revolución Mexicana. Sin duda nuestro país tiene amargas experiencias en relación con la actitud de los inversionistas extranjeros, quienes en infinidad de ocasiones solicitaron el apoyo de sus gobiernos para reclamar la condición de sus propiedades en México, lo que derivó por nuestra parte en un marco regulatorio restrictivo. Sin embargo, sin hacer a un lado nuestra experiencia histórica para evitar los mismos errores, los tiempos han cambiado; la política cañonera e imperialista del pasado ya no es válida ni apoyada por la comunidad internacional. Más bien existe hoy una fuerte tendencia a competir en la captación del capital extranjero pues constituye un catalizador del crecimiento económico e incremento de la productividad, sobre todo en los países en desarrollo como el nuestro.

2. Desde la década pasada México ha sufrido un cambio radical orientado hacia una economía de mercado más abierta que culminó con la adhesión al GATT y la firma del TLCAN. Esto forma parte de la estrategia del gobierno federal para apoyar el proceso de modernización económica nacional, lo cual ha implicado a su vez mayores estándares de calidad y precios en la escala mundial. Fue un proceso necesario pues no se podía permitir un rezago ante la pugna internacional por atraer IED para complementarla con el ahorro interno y el crecimiento. Sin duda la actitud frente al fenómeno de la IED debe

seguir siendo la apertura, aunque con las limitantes y experiencias que se derivan de nuestra historia y de nuestra realidad económica. No podemos volver a modelos proteccionistas y a un marco de regulación excesiva de la IED, pues ello implicaría ir contra la realidad económica mundial y nos pondría en desventaja con otros países.

3. La globalización implica la integración de la economía nacional a la economía mundial mediante la desregulación, eliminación de obstáculos y la mayor liberalización de los movimientos de mercancías y capitales, la apertura hacia el comercio y las inversiones extranjeras. El margen de decisión de los gobiernos y las empresas transnacionales está cada día más condicionado por la normatividad internacional, por lo que el orden jurídico nacional debe adecuarse con la realidad y el orden jurídico - económico internacional. En este sentido, el gobierno mexicano en concordancia con su renovada política liberal expidió el Reglamento de Inversión Extranjera de 1989 y la nueva Ley de Inversión Extranjera (LIE) de 1993, misma esta última que a su vez representó respuesta a los compromisos derivados del TLCAN.

4. La LIE liberaliza el acceso de la IED en la economía nacional, aunque se mantienen restricciones constitucionales y cierto control del Estado, al igual que se integraron en los anexos del TLCAN mediante las correspondientes reservas. La nueva Ley simplifica trámites, amplía porcentajes de inversión, determina nuevas áreas en que podrá participar la IED y se eliminan facultades discrecionales de algunas autoridades como la CIE. Sobresale una política no discriminatoria, más atractiva para el inversionista extranjero pues existe más apertura sectorial, se disminuyen plazos, se impiden requisitos de desempeño y se da más certidumbre en concordancia con las disposiciones del TLCAN.

5. La firma del TLCAN significó un hito en la historia comercial de México y por consiguiente en el marco jurídico nacional. Se le ha denominado incluso como un tratado de inversión, pues nuestro país tenía como objetivo primordial crear mecanismos para atraer IED y convertirse en el centro del libre comercio en el Continente Americano. Los beneficios han sido más que evidentes, pues desde la entrada en vigor del TLCAN se disparó el flujo de capitales extranjeros en nuestro país. Es indudable reconocer que la IED conlleva costos, pero los beneficios para el país huésped son, a mediano y largo plazo, mayores: incremento de flujos del capital foráneo para reducir el endeudamiento externo, nuevas fuentes de empleo, perfeccionamiento tecnológico, mayor eficiencia de la planta productiva orientada a estándares internacionales de calidad, crecimiento de las exportaciones y un mejor entrenamiento para constituir mano de obra calificada. La política actual de promoción del capital foráneo es congruente con la realidad internacional de mayor interdependencia, competitividad, eficiencia y mejoramiento económico.

6. Con el TLCAN "ha imperado la diplomacia de las normas sobre la diplomacia del poder". Este instrumento jurídico cuenta con reglas, obligaciones y sanciones para los países firmantes. Representa asimismo un profundo cambio en la tradicional regulación de la IED, en México fundamentalmente, pero también en Canadá y Estados Unidos. En este sentido, el derecho como objeto de integración es importante ya que permite la unificación y armonización entre sí de la legislación de los Estados Parte.

7. Hasta hace poco México se había mantenido al margen de la celebración de tratados de inversión por razones de carácter constitucional y legal que han dificultado sus compromisos en la materia, pero esta actitud ha cambiado a raíz de su incorporación al

TLCAN. Las normas establecidas en el Capítulo XI de Inversión en el TLCAN son producto de incorporar innumerables normas internacionales distribuidas en BIT's, tratados multilaterales, regionales y mundiales derivadas a su vez del esfuerzo de establecer reglas jurídicas de IED ampliamente aceptadas. México se dispuso eximir a los inversionistas de las Partes del Tratado (países miembros) de casi todos los obstáculos que caracterizaron al pasado período restrictivo, excepto los establecidos en la Constitución. Aún más, ha aceptado normas a las que anteriormente se había opuesto, como son los mecanismos de solución de controversias inversionista - Estado y la "rápida, adecuada y efectiva" compensación en caso de expropiación.

8. El capítulo XI relativo a inversión estipula la eliminación de las barreras y otorga garantías a la inversión, además de un mecanismo de solución de controversias y la aplicación de un trato no discriminatorio entre las partes. Destacan las siguientes reglas:

- 1) Definición de inversión amplia y de gran alcance.
- 2) La seguridad de las inversiones.
- 3) Se respetarán los principios de: apertura sectorial, trato no discriminatorio (trato nacional, trato de nación más favorecida y nivel mínimo de trato).
- 3) Evita la aplicación de requisitos de desempeño y la libre transferencia de recursos de los inversionistas de los Estados Parte.
- 4) Ninguna Parte podrá expropiar las inversiones de los inversionistas de otra Parte, salvo por causa de utilidad pública y con la debida indemnización.
- 5) Los países no reducirán normas ambientales para atraer inversión.
- 4) Destaca también el reemplazo del paternalismo gubernamental al especificar listas de reservas específicas de los sectores que no cubre el Tratado para cada una de las Partes.
- 7) Una mayor liberalización de una vasta gama de sectores o rubros de las tres economías, especialmente de la mexicana
- 6) La creación de un mecanismo detallado para la resolución de controversias inversionista - Estado mediante instancias imparciales, como es el arbitraje internacional, con el fin de: i) Asegurar el trato igual entre inversionistas

de las Partes de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional y debido proceso legal ante un tribunal imparcial y; ii) proteger las inversiones y la correcta aplicación e interpretación de las normas relacionadas con IED del TLCAN.

9. A pesar de que el propio TLCAN prevé un capítulo general para la solución de controversias (Capítulo XX) que puedan producirse entre las Partes con motivo de la aplicación e interpretación del mismo, la sección B del capítulo XI trata el tema específico de solución de controversias entre el inversionista de un país miembro y el Estado receptor. Este sistema se hizo posible para México al haberse promulgado la Ley Sobre la Celebración de Tratados que permite, aunque inconstitucionalmente, la realización de tratados internacionales en los que se instituyan mecanismos para la solución de controversias, con la condición de que se respete el principio de reciprocidad internacional, se otorgue la garantía de audiencia a los inversionistas, debido proceso legal y la integración imparcial de los órganos de decisión, condiciones que se prevén en el TLCAN. Así por primera vez el Estado mexicano acepta dirimir controversias con inversionistas extranjeros en foros internacionales, abandonando la postura tradicional de que todos estos diferendos debían desahogarse en los tribunales nacionales, de acuerdo con la Cláusula Calvo que exige el agotamiento de los recursos internos para solucionar los mismos. México estableció una reserva en este Capítulo mediante la cual el inversionista tendrá que elegir entre dirimir su controversia a través de los tribunales mexicanos o por la vía arbitral contenida en el TLCAN. Hecha la elección, la misma será definitiva y exclusiva, perdiendo el inversionista extranjero la posibilidad de recurrir al otro medio para la solución de la controversia para evitar resoluciones contradictorias.

10. En el TLCAN además del arbitraje, también se hace hincapié la consulta y la negociación como medios necesariamente previos de solución de controversias. Se podrá someter al arbitraje inversionista- Estado, tanto a una entidad del gobierno federal, provincial o estatal de una Parte, como un monopolio o empresa del Estado de una Parte, que incumpla con alguna obligación o prerrogativa contenida en el Capítulo XI. Una vez que el inversionista extranjero ha decidido resolver la controversia por medio del procedimiento arbitral, tendrá que someterse a las disposiciones de esta sección y con alguna de las siguientes reglas de arbitraje: 1) El Convenio del CIADI, siempre que la Parte contendiente y la del inversionista, sean Estados miembros del mismo. 2) El Mecanismo Complementario del CIADI, cuando sólo una Parte, es decir, la Parte contendiente o la del inversionista, sean Estado parte del Convenio del CIADI; o 3) Las reglas de arbitraje de la UNCITRAL. A la fecha de la realización de este trabajo, de los estados signatarios del TLCAN sólo Estados Unidos era parte del CIADI, por lo que las controversias que se susciten entre inversionistas de México y Canadá con respecto a medidas que adopte cualquiera de los dos países, por el momento, únicamente podrán ser resueltas mediante la utilización de las reglas de arbitraje de UNCITRAL. En el caso de una controversia que involucre al gobierno de Estados Unidos, los inversionistas mexicanos o canadienses en su caso podrán utilizar las reglas del mecanismo complementario de CIADI, pues sólo exige que una de las partes sea miembro del mismo. Considero que México podría adherirse al CIADI, debido a la posibilidad que otorga de agotar previamente los recursos internos y se renuncia al ejercicio de la protección diplomática (salvo denegación de justicia) que son acordes con nuestro marco legal y permitirían a los inversionistas extranjeros mayores opciones (al tener otras reglas de procedimiento que considere más adecuadas a su caso), así como mayor seguridad en sus inversiones.

11. Es importante que el laudo que emita el Tribunal Arbitral en materia de inversiones únicamente podrá ordenar el pago de una indemnización de carácter pecuniario o de reparación del daño, más nunca será de punitivo. El laudo nunca podrá ordenar que se modifique o se elimine la medida adoptada, ya que esa decisión corresponde a un tribunal arbitral integrado de conformidad con el mecanismo general de solución de controversias del Capítulo XX. Igualmente, en el caso de que una Parte no acate o incumpla un laudo definitivo, la Comisión del TLCAN ordenará la integración de un panel de acuerdo con las disposiciones de este último capítulo, donde estaríamos ya en una controversia entre Estados Parte. Si a su vez aquí la Parte condenada lo incumple, la parte afectada podrá suspender la aplicación de beneficios equivalentes a los que la Parte ha incumplido.

12. De acuerdo con una postura monista o nacionalista, en nuestro país son anticonstitucionales algunas de las disposiciones Capítulo de inversión del TLCAN pues introdujeron nuevas instituciones sin analizar a fondo toda nuestra estructura legal que podrían ser óbice contra la eficacia de las mismas. Existe otro punto de vista en el cual el derecho internacional prevalece sobre el interno, derivada de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y de la cual somos Parte; de manera que si México incumple alguna disposición de un tratado estaríamos en presencia de responsabilidad internacional del Estado mexicano. Pero un punto de vista que considero más práctico para el análisis es retomar la "teoría dualista" del derecho internacional que sostiene, que el derecho internacional y el derecho nacional son dos órdenes jurídicos autónomos y diferenciados, cada uno con sus propias fuentes, sus propios ámbitos de competencia y sus propios ámbitos jurisdiccionales. Así, el orden jurídico no es considerado como un orden unitario, ni como una "pirámide", sino un sistema compuesto de tres subsistemas diferentes, pero coordinados entre sí: el derecho nacional, el derecho internacional

público y el derecho mercantil internacional. Las relaciones que se dan entre el derecho nacional y el internacional no son entonces relaciones de jerarquía dentro de un orden jurídico unitario, sino relaciones de coordinación entre órdenes jurídicos diferenciados. Con esta óptica, se trataría más bien de definir si el problema encuadra en el ámbito de competencia del derecho internacional o del nacional cuando un asunto sobre la materia caiga en ambas esferas.

13. Son innegables los beneficios del Capítulo XI de Inversión del TLCAN y su sistema de solución de controversias, pero existen algunas instituciones de derecho interno que pudieran ser contradictorias o antagónicas con tales disposiciones y será necesario resolver, en especial: 1) La garantía constitucional de igualdad. 2) La doctrina y Cláusula Calvo y, 3) la jurisdicción territorial.

14. Los derechos contemplados el Capítulo XI del TLCAN sólo pertenecen a los inversionistas de los Estados Parte cuando los mismos invierten en otro Estado Parte. Es decir, se limitó su aplicación y protección sólo a los inversionistas extranjeros que sean nacionales de uno de los otros Estados Parte del TLCAN y sus inversiones, con lo cual existe un tratamiento especial y preferente para estos en relación con los inversionistas nacionales en varios sentidos: 1) Poder optar entre los tribunales nacionales o el arbitraje internacional más especializado, expedito y efectivo. 2) Las garantías de que podrán sacar divisas del país en caso de que se estableciera un régimen de control de cambios, y 3) El pago de las indemnizaciones en divisas el Grupo de los Siete en caso de expropiación. Estas condiciones otorgan al inversionista extranjero una mejor posición en el mercado, evitándole acumular reservas para casos de emergencia económica. Se confirma de esta manera que estando ambos sujetos, el inversionista de un Estado y el

inversionista mexicano, en la misma situación jurídica (inversionistas), se le proporciona al primero prerrogativas adicionales y un trato privilegiado; siendo iguales se les trata como desiguales. Varios autores confirman que viola la garantía de igualdad de nuestra Constitución pues no existe una diferencia que justifique el tratamiento preferencial al capital de los inversionistas extranjeros sobre el de los nacionales, ya que toda persona dentro de nuestro territorio nacional goza de esta prerrogativa sin distinción de raza, sexo, origen social, religión o nacionalidad y, por lo tanto, está prohibido celebrar tratados que vayan en contra de las garantías individuales (artículo 89 fracción X). Esta afirmación la refuerza el artículo 133, al disponer que tanto las leyes del Congreso como de los tratados deben estar en concordancia con la Constitución. Si no es así, estaríamos presenciando la aceptación del Estado mexicano de compromisos que pudieran no cumplirse, provocando también la posibilidad para la autoridad competente de aplicar ambas normas jurídicas, de decidir entre violar la ley o violar el tratado. En este último caso México pudiera estar incluso en una situación de incurrir en responsabilidad internacional.

15. La Doctrina Calvo se basa en tres principios fundamentales: 1) Igualdad de trato entre nacionales y extranjeros, 2) jurisdicción exclusiva del país receptor de la inversión en las controversias con inversionistas extranjeros y 3) limitación al ejercicio de la protección diplomática. Dicha doctrina forma parte en nuestro derecho positivo mediante introducción de la Cláusula Calvo en la fracción I del artículo 27 constitucional, fruto de nuestra experiencia histórica con los inversionistas extranjeros. A la luz del Capítulo XI es una institución que ha generado polémica en relación con su aplicación y por la aparente violación de los fines últimos que la constituyeron pues de acuerdo a nuestro marco legal: 1) El extranjero no puede tener más derechos que los nacionales, por lo que al renunciar aquél contractualmente al privilegio de la protección

diplomática, lo que se logra es una formalización en considerar sus bienes como nacionales. Si los extranjeros en cambio aspiran a un trato superior se violaría la Garantía de Igualdad que establece el artículo 1º de la Constitución. 2) Con la renuncia a la jurisdicción interna para solucionar diferencias en materia de inversión del TLCAN (vía el arbitraje internacional) se infringen algunas de nuestras disposiciones constitucionales como el principio de sumisión del extranjero a las leyes y justicia mexicana contemplada por la Cláusula Calvo, así como lo establecido en los artículos 103, 104, fracción I y 107 constitucionales, que otorgan al Poder Judicial de la Federación y en última instancia a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el control constitucional para revisar que las leyes federales y los tratados internacionales para que no vayan en contra del Pacto Federal o violen las Garantías Individuales del mismo. Por lo cual una vez aceptado el mecanismo del Capítulo XI del TLCAN se presenta la opción de no agotar los recursos internos y por lo tanto no poder recurrir, una vez aceptada la vía de arbitraje, al amparo. 3) En el TLCAN se parte del principio de que el inversionista, al recurrir al procedimiento de solución de controversias, renuncia a solicitar la protección diplomática de su país de origen, aunque no se establece con claridad, ni en las reglas de UNCITRAL. Por su parte la Convención de CIADI determina expresamente que los Estados que la suscriban no concederán protección diplomática a sus nacionales si estos someten sus disputas al arbitraje, salvo que el Estado en cuestión no haya acatado el laudo o haya dejado de cumplirlo. Esta excepción no se ha evaluado a fondo, pues legitima la protección diplomática que expresamente prohíbe el artículo 27 de nuestra Constitución, pues permite que tribunales ajenos al de la Parte demandada (en este caso México) tomen resolución definitiva.

16. Se ha presenciado en los años una ausencia de la Cláusula Calvo en las instancias y foros internacionales. En el caso de México no se han presentado nuevas discusiones sobre la aplicación y validez de la misma desde las Comisiones de Reclamaciones de los

años treinta. Esto se ha debido a varias razones: 1) Se han mejorado las condiciones de administración de justicia y estabilidad política, sobre todo en los países latinoamericanos. 2) Existe hoy una mayor integración entre los países del continente ante la competencia de otros bloques comerciales en el mundo. 3) Las relaciones entre el empresario extranjero y los gobiernos de América Latina son más cordiales y de beneficio mutuo que en el pasado en que predominaba la política del poder. 4) La opinión pública internacional y sus actores rechazan las actitudes de presión sobre la intervención diplomática, en la actualidad desprestigiada. 5) Se cuenta en la actualidad con mecanismos avanzados, expeditos y eficientes en la administración de justicia internacional (como el arbitraje) en materia de inversión extranjera que permiten tener acceso a órganos de decisión imparcial e independientes del Estado.

17. Considero importante, para evitar posibles conflictos en la aplicación e interpretación de disposiciones constitucionales y las del TLCAN relativas a inversión, eliminar de nuestro derecho positivo tanto la Cláusula Calvo como la mayoría de las restricciones sobre la "Zona Restringida", en éste último caso haciéndola desaparecer de las costas y dejándola en la franja de los cien kilómetros a lo largo de la frontera norte. En el caso de la "Zona Restringida" propongo que no desaparezca en el caso de la frontera norte pues por razones históricas (caso de Texas), por la creciente industria maquiladora propiedad de extranjeros (fundamentalmente estadounidenses), otorgar propiedad inmueble en esa zona podría provocar grandes presiones innecesarias hacia el gobierno mexicano. En el caso de las costas no veo problema de esta índole, pues se ha permitido a los extranjeros el uso y goce de inmuebles mediante el fideicomiso, pero esta adquisición de derechos de uso es considerada precaria y ha frenado el sano desarrollo de la inversión y el desarrollo en estas zonas, que son fundamentalmente turísticas y que podrían aumentar, quitando la 'Zona Restringida', el desarrollo

económico de las zonas pobres. Aunque dichas instituciones tuvieron razón de ser en su momento histórico para la protección de los intereses nacionales frente a los abusos de potencias extranjeras, hoy resultan caducas y son un obstáculo para la celebración de nuevos Acuerdos comerciales y Tratados Bilaterales de Inversión (BIT's) que incluyan disposiciones similares a las del capítulo XI del TLCAN. Esto nos permitiría una mejor armonización jurídica entre las disposiciones de inversión del TLCAN y las constitucionales, una mayor certidumbre en la interpretación y aplicación de la legislación en la materia, seguridad para el inversionista extranjero y a la larga obtener mayores flujos de capital extranjero.

18. Las políticas actuales de las naciones que requieren IED tienen por objetivo atraer este tipo de capitales para su desarrollo productivo y contar con mecanismos más expeditos, prácticos y efectivos que los tribunales locales, como son los establecidos en la sección B del Capítulo XI del TLCAN. La solución de conflictos ha llegado a una importancia tal que se trata de un proceso pragmático y no oficial, que ha roto el paradigma tradicional de sumisión a una voluntad estatal caracterizada a menudo por su burocratismo, retrasos, corrupción y parcialidad, que la han desacreditado. Prácticamente se rompen casi todos los vínculos de control con el Estado, excepto la coacción necesaria para el cumplimiento de las resoluciones. Es deseable con ello el arbitraje internacional en materia de inversiones para evitar la corrupción y tener una mejor impartición de justicia.

19. De esta manera considero que el derecho nacional en materia de IED debe adecuarse a las circunstancias y las prácticas comerciales internacionales pues desempeñan hoy un papel fundamental para toda economía. Creo que nuestro país va por el camino correcto, pero aún hace falta despejar puntos escabrosos a los cuales intentamos dar una solución en este trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA

- 1) Abdala Mirwald, Mario , *Comercio internacional: Retos y oportunidades para la empresa*, SECOFI-BANCOMEXT, México,1994.
- 2) Adame Goddard, Jorge, "El Tratado de Libre Comercio en el orden jurídico mexicano", en *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte: análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, Tomo I, (Coord. Jorge Witker) Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1993.
- 3) Alvarez Soberanis, Jaime *El régimen jurídico y la política en materia de inversiones extranjeras en México*, Themis, México, 1990.
- 4) Amigo Castañeda, Jorge, "Marco Jurídico de la inversión extranjera directa en México", *Inversión Extranjera Directa 1990*, Banco Nacional de México, México, 1991.
- 5) Balassa, Bela, *Teoría de la integración económica*, UTHEA, México, 1980.
- 6) Barton, John H. y Fisher, Bart. S., *International Trade and Investment*, Little Brown & Co., Boston, Mass.
- 7) Bazdresch, Carlos, "La nueva Ley de Inversión Extranjera", en Carlos Arriola (coord.), *Testimonios sobre el TLC*, Diana-Porrúa, México, 1994.
- 8) Behrens, Peter , "Alternative Methods of Dispute Settlement in International Economic Relations", en *Adjudication of International Trade Disputes in International and National Economic Law*, PUPIL, vol. 7, University Press Fribourg Switzerland, 1992.
- 9) Brading, David, *Los orígenes del nacionalismo mexicano*, Era, México, 1983.
- 10) Burgoa, Ignacio , *Las Garantías Individuales* , Porrúa, México, 1993.

- 11) Burgoa, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 1992.
- 12) Cardoso, Enrique y Faletto, Enzo, *Dependencia y desarrollo en Latinoamérica*, Universidad de California, Berkeley, 1979.
- 13) Centro de Estudios Estratégicos, *Entendiendo el TLC*, ITESM - FCE, México, 1994.
- 14) Cosío Villegas, Daniel, *Historia moderna de México*, Hermes, México-Buenos Aires, 1965.
- 15) Chanona Burguete, Alejandro "Inter(dependencia) vs. integración económica formal entre México y Estados Unidos", en Eliezer Morales Aragón y Consuelo Dávila Pérez (coords.), *La nueva relación de México con América del Norte*, UNAM, México, 1994.
- 16) Díaz González Rubio, Luis Miguel, *Globalización de las inversiones extranjeras: Nuevos aspectos jurídicos*, Themis, México, 1989.
- 17) Díaz Müller, Luis Miguel, *México y las comisiones internacionales*, tomo I, UNAM, México, 1983.
- 18) Drucker, F. Peter, "La Nueva Economía Mundial", en *Los desafíos de la globalización: economía mundial y sociedades nacionales*, IEPES, México, 1990.
- 19) Fix Fierro, Héctor, "Comentario al artículo 1º de la Constitución", en *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones*, Cámara de Diputados, Tomo I, Porrúa, México, 1996.
- 20) Fix Fierro, Héctor y López Ayllón, Sergio, "El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la globalización del derecho", en Jorge Witker (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte: análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, T. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1993.
- 21) Globerman, Steven y Walker, Michael (coords.), "Panorama general", en *El TLC: Un enfoque trinacional*, FCE, colecc. Obras de Economía Contemporánea, México, 1994.

- 22) Gómez Robledo, Antonio, *Los Convenios de Bucareli ante el Derecho Internacional*, Polis, México, 1938.
- 23) Gómez Roch, Fernando, *La supranacionalidad de las Resoluciones dictadas en los mecanismos de solución de controversias del TLC y el estado de derecho*, Barra Mexicana de Abogados. Themis, 1997.
- 24) Góngora Pimentel, Genaro y Acosta Romero, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Doctrina, legislación, jurisprudencia*, Porrúa, México, 1984.
- 25) Heftye Etienne, Fernando, "Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte: Inversión", *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte: Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1993.
- 26) Heftye Etienne, Fernando, "Inversiones Extranjeras", en *Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio II*, México, Universidad Iberoamericana, 1993.
- 27) Jiménez de Aréchaga, Eduardo, "Responsabilidad internacional", en *Manual de Derecho Internacional Público*, editado por Max Sorensen, FCE, México, 1992.
- 28) Johnson, Harry, "Economic Benefits", en *Nationalism and the Multinational Enterprise; legal, Economic and Managerial Aspects*, The Netherlands, 1977.
- 29) Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y el estado*, UNAM, México, 1969.
- 30) Keohane, Robert O. y Nye, Joseph S., "Introduction: The Complex Politics of Canadian-American Interdependence", en Annette Baker Fox, *Canada and the United States: Transnational and Transgovernmental Relations*, Columbia University Press, New York, 1976.
- 31) Keohane, Robert O. y Nye, Joseph S., *Poder e interdependencia. La política mundial en transición*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1988.

- 32) Krauze, Enrique y Meyer, Jean, "Las inversiones - invasiones norteamericanas", en *Historia de la revolución mexicana, periodo 1924-1928. La reconstrucción económica*, T. 10. El Colegio de México, México, 1977.
- 33) Leonel Péreznieta Castro, *Derecho internacional privado*, Harla, México, 1992.
- 33 Bis) Leycegui, Beatriz y Fernández de Castro, Rafael, *¿Socios naturales?: Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, México, 2000.
- 34) Méndez Silva, Ricardo, *El régimen jurídico de las inversiones extranjeras en México*, UNAM, México, 1969.
- 35) Meyer, Lorenzo, *México y los Estados Unidos en el conflicto petrolero (1917-1942)*, El Colegio de México, México, 1972.
- 36) Meyer, Lorenzo y Vázquez, Josefina, *México frente a Estados Unidos: un ensayo histórico, 1776-1980*, El Colegio de México, México, 1982.
- 37) Ojeda, Mario, *Alcances y límites de la política exterior en México*, El Colegio de México, México, 1976.
- 38) Ojeda, Mario, "México y los Estados Unidos. ¿Interdependencia o dependencia de México?", en Roque González, *La frontera norte: integración y desarrollo*, El Colegio de México, México, 1981.
- 39) Ojeda, Mario, "México and the United States Relations: Interdependence or Mexico's Dependence", en Carlos Vázquez y Manuel García y Griego, *Mexican- U.S. Relations: Conflict and Convergence*, UCLA, U.S.A., 1983.
- 40) Ortiz Nava, Alberto Guillermo, *Evolución y proyecciones legales de las inversiones extranjeras en México*, Tesis Profesional, Facultad de Derecho, UNAM, México, 1966.
- 41) Pescador Castañeda, Fernando, "Breves antecedentes históricos sobre las inversiones extranjeras directas", en *Inversiones extranjeras privadas en México*, coord.

Héctor Vázquez Tercero, Comité Bilateral de Hombres de Negocios México - Estados Unidos, Sección Mexicana, México, 1971.

42) Ramos, Oscar, *México ante la inversión extranjera: legislación, políticas y prácticas*, Impresora Azteca, México, 1971.

43) Reyes Tagle, María Esther, *Inversiones extranjeras en México; marco legal*, Tesis profesional, Licenciatura en Derecho, ITAM, México, 1990.

44) Reynolds, Clark, "Mexican-U.S. Interdependence: economic and social perspectives" en Clark Reynolds y Carlos Tello (coords.), *US-Mexico Relations: economic and social aspects*, Stanford, University Press, U.S.A., 1983.

45) Rico, Carlos, "The Future of Mexico-U.S. Relations and the Limits of the Rethoric of Interdependence", en Carlos Vázquez y Manuel García y Griego, *Mexican - U.S. Relations: Conflict and Convergence*, UCLA, U.S.A., 1983.

46) Rossell, Mauricio, *La modernización nacional y la inversión extranjera: un enfoque jurídico - económico*, Joaquín Porrúa, México, 1991.

47) Rugman, Alan M. y Gestrin, Michael, "Las Cláusulas de inversión del TLC", *El TLC: un enfoque trinacional*, Steven Globerman y Michael Walker (Compiladores), FCE, México, 1994.

48) Salacuse, Jeswald, "Host Country Regulation of Joint Ventures and Foreign Investment", en Robert Hellowell y Wallace (coordinadores), *Negotiating Foreign Investments, a Manual for the Third World*, Georgetown University Law Center, Washington, 1982.

49) Schmitt, Karl, *México y Estados Unidos. 1821-1879*, Limusa, México, 1985.

50) Seara Vázquez, Modesto, *Derecho Internacional Público*, Porrúa, México, 1991.

51) Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, Porrúa, México, 1991.

- 52) Sepúlveda, César, "Presencia viviente de Carlos Calvo", en *Tres ensayos mexicanos*, SRE, México, 1974.
- 53) Serrano Migallón, Fernando, "El mecanismo de solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte", en *Resolución de controversias comerciales en América del Norte*, (coord. Jorge Witker), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1994.
- 54) Silva, Jorge Alberto, *Arbitraje comercial internacional en México*, Pereznieto Editores, México, 1994.
- 55) Silva Herzog, Jesús, *El pensamiento económico, político y social de México 1810-1864*, Instituto Mexicano de Investigaciones Económicas, México, 1967.
- 56) Silva Herzog, Jesús, *Historia de la expropiación petrolera*, Cuadernos Americanos, México, 1963.
- 57) Siqueiros, José Luis, *El arbitraje en los negocios internacionales de naturaleza privada*, Colección Varia Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, Miguel Angel Porrúa, México, 1992.
- 58) Tamames, Ramón, *Estructura económica internacional*, Alianza, México, 1991.
- 59) Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-1991*, Porrúa, México, 1991.
- 60) United Nation Center on Transnational Corporations, *Bilateral Investment Treaties*, Graham & Trotman Limited, London, England, 1988.
- 61) Vedross, Alfred, *Derecho Internacional Público*, Aguilar, Madrid, 1980.
- 62) White, Eduardo J., *Empresas multinacionales latinoamericanas*, FCE, México, 1973.
- 63) Wionczek, Miguel S., *El nacionalismo mexicano y la inversión extranjera*, Siglo XXI, México, 1967.

64) Witker V., Jorge , "Panorama general de solución de controversias en el comercio internacional contemporáneo", en *Resolución de controversias comerciales en América del Norte*, (coord. Jorge Witker), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1994.

## HEMEROGRAFÍA Y DOCUMENTOS OFICIALES

1) Becerril, Isabel, "En auge, las controversias comerciales del TLCAN: CEESP", *El Financiero*, México, 11 de febrero de 1997.

2) Bercaw, C. Christopher, "EL TLC, ¿un tratado de libre inversión?" en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 18, núm. 18, México, 1994.

2 Bis) Borja Tamayo, Arturo, "Oportunidad histórica: El TLCAN y la IED en México", en *Ejecutivos de Finanzas*, núm. 9, México, septiembre del 2000.

3) Cappi, Mario, "Invertirán compañías de EEUU 20 mil mdd en México", *El Financiero*, México, 4 de septiembre de 1997.

4) CNIE, *Informe 1983-1987*, Edamex, México, 1988.

5) Contreras Garza, Joaquín , "Algunas consideraciones sobre la protección de la inversión extranjera directa a la luz del derecho internacional privado", en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, 1995.

6) Cruz González, Francisco José, "Inversión extranjera directa", en *Revista Jurídica*, tomo II, núm. 10, Universidad Iberoamericana, México, 1978.

6 Bis) Dattu, Riyas y John Biscariol, " A quick Primer on the Multilateral Agreement on Investment", en *International Business Lawyer*, Toronto, febrero de 1999.

- 7) Díaz, Luis Miguel , "La inversión extranjera en la Promoción Internacional de la Inversión Extranjera: el MIGA", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 14, Escuela Libre de Derecho, México, 1990.
- 8) El Financiero (editorial), "El TLC y el sector comercio en México" en *El Financiero*, México, 5 de enero de 1997.
- 9) González de Cossío, Francisco, "Reflexión acerca de algunos problemas constitucionales suscitados por los tratados de inversión de los que México es parte", en *Jurídica: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 28, México, 1998.
- 10) Grupo Financiero BANAMEX-ACCIVAL, "Inversión extranjera directa, 1989-1994", en *Examen de la situación económica de México*, vol. LXXI, núms. 330 y 331, México, enero - febrero de 1995.
- 11) Grupo Financiero BANAMEX-Accival, "Organización Mundial de Comercio", en *Examen de la situación económica de México*, vol. LXXI, núms. 330 y 331, México, enero - febrero de 1995.
- 12) Informe de la Dirección de Comunicación Social de la SECOFI, *México y EEUU han consolidado una de las relaciones comerciales más dinámicas del mundo*, México, 14 de febrero de 1999.
- 13) Informe de la Dirección de Comunicación Social de la SECOFI, *En 5 años, México ha recibido 57 mil millones de inversión extranjera directa: HBM*, México, 7 de abril de 1999.
- 14) Keohane, Robert O. y Nye, Joseph S., "Whither Interdependence", *International Organization*, vol. 31, n° 3, University Press of Wisconsin, U.S.A., Summer 1977.
- 15) Martínez Ruíz, "La fuerza obligatoria de los tratados internacionales en el orden jurídico interno", en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 22, 1969.
- 16) Nacional Financiera, "Tendencia reciente de la inversión extranjera en México", en *El mercado de valores*, núm.7, México, 15 de abril de 1992.

16 Bis) Opalín, León, "El TLCAN a seis años de vigencia", en *Ejecutivos de Finanzas*, núm. 9, México, septiembre del 2000.

17) Ortiz Ahlf, Loretta, "Mecanismos Internacionales para la solución de controversias internacionales en materia de inversión", en *Jurídica: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 21, México, 1992.

18) Palaker, Sergio, "La inversión extranjera en México", en *El trimestre económico*, FCE, México, 4º trimestre de 1990.

19) Pérez Miranda, Rafael, "El Tratado de Libre Comercio para América del Norte(NAFTA) y la inversión extranjera (México): Marco jurídico internacional del nuevo régimen de la inversión extranjera en México", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, Año 18, núm. 18, México, 1994.

19 Bis) Péreznieto Castro, Leonel, "Dos mitos en el Derecho Internacional Privado mexicano: 'la Cláusula Calvo' y la 'Zona Prohibida' o 'Zona Restringida'", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, núm. 2, México, abril, 1997.

20) Poder Ejecutivo Federal, "Plan Nacional de Desarrollo", *D.O.F.*, México, 1º de mayo de 1983.

21) Poder Ejecutivo Federal, "Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994", *D.O.F.*, México, 31 de mayo de 1989.

22) SECOFI, "Resolución general que sistematiza y actualiza las resoluciones generales emitidas por la CNIE", *Diario Oficial de la Federación*, México, 3 de febrero de 1988.

23) Sepúlveda, César, "Dos reclamaciones fraudulentas contra México", *Archivo Histórico Diplomático Mexicano*, segunda serie, núm. 17, S.R.E., México, 1965.

24) Siqueiros, José Luis, "La resolución de controversias en el Tratado Trilateral de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá", en *Revista de Derecho Privado*, año 2, núm. 6, México, sept-dic de 1991.

25) Thieffry, Christine L., "Negotiating Settlement of Disputes Provisions in International Business Contracts: Recent Development in Arbitration and other Processes", en *The Business Lawyer*, vol. 45, núm. 2, 1990.

26) Wilson, Michael, "Hacia la próxima centuria americana: construyendo una nueva asociación con América Latina" en Revista *Relaciones Internacionales*, Centro de Relaciones Internacionales, FCPyS, UNAM, núm. 57, enero - marzo 1993, México.

27) Wobeser, Claus Von, "Arbitraje entre Estados e inversionistas de acuerdo al TLCAN y a los APPRIS suscritos por México", en *El Foro*, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., Tomo XII, núm. 2, México, segundo semestre de 1999.

28) Zedalis, Rex J., "Claims by Individuals in International Economics Law: NAFTA Developments", en *The American Review of International Arbitration*, vol. 7, Columbia University, Nueva York, 1996.

## LEGISLACIÓN

1) *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

2) "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados", *D.O.F.*, México, 27 de enero de 1980.

3) "Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional", *D.O.F.*, México, 27 de abril de 1976.

4) "Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros", *D.O.F.*, México, 28 de agosto de 1987.

5) "Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras", *D.O.F.*, México, 22 de junio de 1971.

- 6) "Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", Washington, 18 de marzo de 1965.
- 7) "Decreto que reforma, adiciona y deroga disposiciones de diversas leyes relacionadas con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte", en *D.O.F.*, México, 22 de diciembre de 1993.
- 8) "Ley sobre la Celebración de Tratados", Publicada *D.O.F.*, México, 2 de enero de 1992.
- 9) "Ley de Inversión Extranjera", *D.O.F.*, México, 27 de diciembre de 1993.
- 10) "Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional", UNCITRAL, Nueva York, 21 de junio de 1985.
- 11) "Reglamento para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera", *D.O.F.*, México, 16 de mayo de 1989.
- 12) "Tratado de Libre Comercio de América del Norte", *D.O.F.*, México, 31 de diciembre de 1993.

## DICCIONARIOS

- 1) Burgoa, Ignacio, *Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparo*, Porrúa, México, 1984.
- 2) Congdon, Tim y McWilliams, Douglas, *Diccionario de economía*, Grijalbo, Barcelona, 1982.
- 3) *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Espasa - Calpe, Madrid, 1984.
- 4) Sheldon, Arthur y F.G., Pennance, *Diccionario de economía*, Oikos-tau Ediciones, Barcelona, 1986.