

EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO PARA AMÉRICA DEL NORTE (NAFTA) Y LA INVERSIÓN EXTRANJERA (MÉXICO)

MARCO JURIDICO INTERNACIONAL DEL NUEVO RÉGIMEN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN MÉXICO

Rafael Pérez Miranda

SUMARIO: *Introducción. Derecho económico internacional e inversión extranjera. 1. Derecho de integración e IED. 1.1. El control de la inversión extranjera en España. 1.2. Sujetos de la regulación. 1.3. Tipos de inversión extranjera. 1.4. Derechos de los inversores extranjeros. 1.5. Otras disposiciones de interés. 1.6. Objetivos de la ley. 1.7. El Acuerdo de Cartagena. 1.8. Objetivos de la norma. 2. Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la Inversión Extranjera. 2.1. Trato no discriminatorio. 2.2. Expropiación. 2.3. Requisitos de desempeño y libertad de transferencias. 2.4. Reformas legales. 3. El nuevo rol del Sistema de Bretton Woods. 3.1. El Banco Mundial y la Inversión Extranjera. 3.2. La asesoría en inversión extranjera directa. 3.2.1. Selección de las propuestas de inversión. 3.2.2. Incentivos para las inversiones. 3.2.3. Transferencia de dividendos y remesas. 3.3. La garantía internacional de la inversión extranjera directa. 4. Las vicisitudes de la Doctrina Calvo y la IED. 4.1. Excepciones destacadas a la Doctrina Calvo. 5. La solución de controversias sobre inversión en el TLC y la Doctrina Calvo. 5.1. Quiénes pueden solicitar el tribunal arbitral. 5.2. Conflictos a los que se aplica la solución de controversias. 5.3. Derecho aplicable. 5.4. Arbitraje y protección diplomática. 5.5. Vigencia contemporánea de la Doctrina Calvo. 5.6. El Estado y sus representantes deben actuar conforme a las leyes nacionales. Bibliografía.*

INTRODUCCIÓN. DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL E INVERSIÓN EXTRANJERA

La inversión de un extranjero o de una empresa extranjera se encuentra sometida, en principio, al cambiante derecho interno del país huésped. El incremento sustancial de los flujos internacionales de capitales ha motivado que las empresas transnacionales y los inversores de los países industrializados presionen para que se otorguen garantías a

sus inversiones; las cuales, sin embargo, no pueden dejar de estar sometidas a la temporalidad de los gobiernos y a las variaciones que se pueden dar en la legislación con motivo de crisis económicas o de presiones sociales. Las transnacionales tradicionalmente basaban su defensa, ante lo que consideraban agresiones del Estado-nación, en su poderío económico y en la protección diplomática, muchas veces violenta, de los países en que tenían su sede las matrices.

En el ámbito internacional se desarrollaron dos corrientes que desde perspectivas opuestas propugnaban el establecimiento de normas que regularan la inversión extranjera y el comportamiento de las empresas transnacionales (o multinacionales), orientadas por países que se agrupaban privilegiando su nivel de desarrollo económico más que su estructura política. Los países en desarrollo impulsaron normas para impedir el comportamiento ilícito de la inversión extranjera y exigían que se respetara su soberanía jurídica para establecer límites a la radicación de capitales y al envío de flujos al exterior. Los países desarrollados, por el contrario, trataron de que se normara en favor de la libertad de radicación de capitales, que no se impusieran límites a los flujos derivados del mismo y a su repatriación y que se garantizara la inversión frente a hechos no mercantiles (políticos). Parte del debate se daba respecto al foro en el cual se debía discutir la normación internacional; los países industrializados lograron incluir los servicios en la ronda Uruguay del GATT y los países en desarrollo pretendían que se discutieran en la UNCTAD o en la OMPI, donde la mayor especificidad de los temas a debatir y la correlación de fuerzas les era menos desfavorable.

El impulso a los procesos de integración motivó que también en ellos se incluyera un capítulo especial sobre el tema que analizamos; en estos casos los convenios dejaron de ser meramente indicativos, como lo fueron Carta de Deberes de los Estados aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas y los Códigos de Conducta sobre Multinacionales y de Transferencia de Tecnología, dado que la ratificación de los tratados por los congresos nacionales y el nivel de detalle que resulta posible cuando se norma sólo para una región, los hicieron obligatorios.

1. Derecho de la Integración e IED

Un acuerdo de integración serio y profundo implica la necesidad de establecer criterios comunes frente a la inversión extranjera origina-

ria de los países miembros, de terceros países, y en relación a la que se dirige a otros países.

La Unión Europea. El Tratado de la Unión Europea, en la versión Maastricht, establece la necesidad de lograr a la brevedad la libre circulación de personas, capitales, mercancías y servicios, impulsando además la circulación de capitales desde y hacia terceros países; para ello establece diversas etapas, muchas de las cuales a la fecha se han cumplido. En la actualidad rige el principio de que los Estados que integran la Unión deben suprimir progresivamente las restricciones a la circulación de capitales entre ellos y también a los pagos que se deriven de estos movimientos (artículo 67). Se podrán establecer medidas de control previa consulta al Comité Monetario, cuando los movimientos de capitales provoquen perturbaciones en el mercado de capitales de un país determinado. Esta tendencia hacia un mercado de libre concurrencia, con limitaciones excepcionales y un control basado más que en la regulación de la inversión extranjera en el control de los monopolios y las prácticas monopólicas, es debido en gran medida a la política económica de Alemania, el país más dinámico y estable de la Comunidad.¹

A partir de 1994 se prohíben todas las restricciones a los movimientos de los capitales y a los pagos derivados de los mismos entre Estados miembros y terceros países. Sin embargo el Consejo podrá, por mayoría calificada, y a propuesta de la Comunidad, adoptar medidas restrictivas a los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos. Respecto a éstos también, en casos excepcionales, se podrán aplicar medidas de salvaguardia.

De los países que debieron modificar su legislación sobre inversión extranjera al incorporarse a la Comunidad Europea es, para nosotros, de especial interés España, ya que se trataba de una economía mucho más débil que la de sus socios y, por tanto, la adecuación legal se debió estudiar muy cuidadosamente; por ello consideramos conveniente dedicarle un espacio al análisis de sus nuevas normas en la materia. En cierto aspecto la situación era similar, pues según el Tratado de Roma (artículo 52 citado) todos los inversores radicados en un Estado miembro de la comunidad tenían derecho a adquirir total o parcialmente una empresa española (trato nacional), salvo que se conside-

¹ Ver FRIESE, Franz Josef, "Inversión y establecimiento en la República Federal de Alemania, en Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980; REICH, Norbert, *Mercado y Derecho*, Barcelona, Ed. Ariel Derecho, 1985.

rara el acto no deseable por razones de orden público, seguridad y salud pública.²

1.1. El control de la inversión extranjera en España

Este país actualizó su legislación con motivo de su incorporación a la Comunidad Económica Europea, manteniendo la estructura básica anterior.³ Uno de los objetivos fundamentales de esta legislación es precisamente garantizar a la inversión extranjera la libre transferencia de capitales e ingresos de los mismos hacia el exterior sin los límites establecidos, o que se pudieran establecer, por el sistema de control de cambio, a los capitales nacionales. Otro de sus fines es trasladar al derecho interno la normatividad del Tratado de Roma que impone el principio de trato nacional; en su defecto, estos principios se hubieran aplicado igual por la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional, pero sólo cuando afectara a personas radicadas en países miembros de la CE. La nueva legislación, por el contrario, reconoce idénticos derechos a los inversionistas comunitarios que a los no comunitarios, salvo contadas excepciones.

1.2. Sujetos de la regulación

La ley establece un criterio dual, considerando que es extranjera la inversión realizada por personas extranjeras privadas, físicas o morales, cualesquiera sea su residencia, y la realizada por españoles residentes en el exterior —artículo 1.1.—. Se asimila a la inversión extranjera la realizada por sucursales de las personas definidas como extranjeras por sociedades de nacionalidad española que tengan participación extranjera en su capital cuando supere el 50 % si el porcentual de participación supera el 25% y no excede el 50% se considerará como extranjera la inversión que realice en la proporción correspondiente.

En el caso de la Inversión Extranjera Directa, se aplica la ley cuando la inversión en una sociedad española permite al extranjero tener

² Ver sobre estas excepciones MENÉNDEZ MENENDEZ, Aurelio, "Constitución Económica, Inversiones de Capital Extranjero y Defensa del Interés Económico Nacional, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Entrerría*, vol. V, Economía y Hacienda, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 4151 y ss.

³ Real Decreto Legislativo 1265/86, B.O.E., 28 de junio de 1986.

influencia efectiva en la gestión o el control de la misma. Este control se presume cuando dicha participación sea igual o superior al 20% del capital —artículo 1.3. del decreto legislativo; 5 y 8 de su reglamento—; ⁴ esto mismo sucede con la reinversión de utilidades del inversor extranjero.

1.3. Tipos de inversión extranjera

La legislación española establece los siguientes tipos de inversión extranjera:

a) *inversión extranjera directa*: son aquellas que se realizan en una sociedad española y que permiten al inversor extranjero el control de la misma, la constitución de sucursales o establecimientos de sociedades extranjeras, concesión de préstamos de duración superior a cinco años —con el fin de establecer o mantener vínculos económicos duraderos— y la reinversión de beneficios;

b) *inversiones extranjeras de cartera*: las que se realizan mediante la adquisición de acciones y que no constituyan inversión directa, es decir, que no le permitan al inversor extranjero una influencia decisiva o el control de la empresa, el que se presume si la inversión es igual o superior al 20% del capital;

c) *inversiones en bienes inmuebles*: en términos generales son libres, sólo sujetas a reglamentaciones vinculadas a la defensa nacional, a verificaciones administrativas en ciertos casos especiales y asimiladas a las inversiones directas cuando se realizan para sede de empresas, y

d) *otras inversiones*: requieren autorización administrativa.

1.4. Derechos de los inversores extranjeros

Los titulares de inversiones extranjeras tienen derecho a transferir al exterior, sin límite, los capitales invertidos (repatriación) más las plusvalías obtenidas en su enajenación, los beneficios y dividendos repartidos, así como el resultado de la venta de derechos de suscripción de títulos valores. Tienen acceso al crédito interior en igualdad de condiciones con las sociedades nacionales.

⁴ Real Decreto 2077/86, publicado en el B.O.E. 7/10/86, reglamentario del decreto legislativo 1265/86.

1.5. Otras disposiciones de interés

La legislación española aporta algunas precisiones en relación a la vinculación de empresas y a los canales de inversión. En el primer caso establece el criterio de "influencia efectiva en la gestión o control de la sociedad" el que se presume cuando existe una inversión del 20% o más. Establece que se considerará como realizada por un solo inversor las aportaciones de diversas empresas integrantes de un grupo, considerando como tal al conjunto de empresas en las cuales haya unidad de decisión, con base en una sociedad dominante. Esta diferenciación es un avance en la regulación de sujetos económicos únicos con diversidad de personería jurídica.

1.6. Objetivos de la ley

Al igual que la mayoría de las normas sobre inversión extranjera, un objetivo general de la ley es tener el registro y control de la inversión de extranjeros en España. En los aspectos más específicos esta legislación pretende garantizar a los extranjeros, a las empresas extranjeras y a los españoles radicados fuera del país, que si invierten en España no se verán limitados por la legislación sobre control de cambio en los aspectos vinculados a la repatriación de capitales, remisión al exterior de intereses, dividendos y pagos tecnológicos. El legislador considera que en la medida en que se garantice el flujo externo del capital invertido, es conveniente establecer un régimen especial *favorable* para el desdovolvimiento productivo del mismo.

En consecuencia, no establece ninguna restricción especial ni a la inversión extranjera directa ni a las empresas multinacionales, salvo en las actividades vinculadas al orden público, a la seguridad y a la salud pública. Conforme a la tendencia general de los países miembros de la Comunidad Económica Europea, deja la vigilancia de las transnacionales a las disposiciones del Tratado de Roma sobre monopolios, prácticas monopólicas y en especial abuso de posición dominante; así como a la legislación nacional en la materia.

1.7. El Acuerdo de Cartagena (Pacto Andino)

Junto a la legislación argentina, es una de las primeras regulaciones en la materia de América Latina que estableció un cuerpo sistemático de control de la inversión extranjera directa, puso límites a la

remisión de utilidades, intereses y pagos por regalías y reguló las relaciones entre empresas vinculadas. Fija límites mínimos que deben tener en cuenta para legislar los países miembros del acuerdo, si bien pueden establecer restricciones mayores. La crisis económica general de la década de los ochenta motivó la modificación de la norma básica (la decisión 24) por la Decisión 220 (18-5-87) que a su vez fue sustituido por la decisión 291/91, que transformaron sustancialmente el régimen anterior.

Concepto de inversión extranjera: Se considera como tal los aportes al capital de una empresa provenientes del exterior, propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras. También tienen este carácter las reinversiones y las inversiones en moneda nacional a las que por disposición legal se otorgue derecho a enviar remesas de divisas al exterior. En la nueva decisión se autoriza a los países miembros a considerar como aporte de capital las contribuciones tecnológicas intangibles; ello estaba expresamente prohibido en la decisión 24, en la decisión 220 se había autorizado ya la capitalización de los réditos de los aportes tecnológicos con derecho a ser remitidos al exterior.

No se consideran extranjeras las inversiones subregionales o las realizadas por personas físicas extranjeras residentes que renuncien al derecho de repatriar capitales o remitir divisas al exterior derivadas de la inversión.

Inversionistas: La ley considera *inversionista nacional* al Estado, personas naturales nacionales y a las personas jurídicas definidas como nacionales por las legislaciones de los países miembros, o sea las que se constituyen conforme a las leyes nacionales y establecen su domicilio en estos países, sin tener en cuenta la composición de capital. Es éste, junto al principio de trato nacional, uno de los cambios más importantes; la decisión anterior demandaba que la persona jurídica no tuviera objetivos de lucro o que se integrara con un mínimo de 80% de capital nacional. *Inversionista extranjero*, al titular de una inversión extranjera directa, *Inversionista subregional*, el nacional de cualquier país miembro distinto del receptor en otro país miembro.

Empresas: Establece *a posteriori* una tipología especial de empresas: a) *nacionales*: aquéllas constituidas en el país receptor en la que los inversionistas nacionales tienen más del 80% del capital; b) *mixtas*: las constituidas en el país receptor con capital nacional en una proporción de 51% a 80%, o aquéllas en las cuales el Estado o empresas paraestatales tengan más del 30% del capital y capacidad de

terminante en las decisiones fundamentales; c) *extranjeras*: aquellas en las que el capital nacional es inferior al 51%.

Se modificaron también los requisitos exigidos para que se autorice la inversión; la decisión 220 establecía que los países miembros podían autorizar IED nueva cuando correspondiera con las necesidades de desarrollo del país y no cuando se tratara de actividades debidamente atendidas por empresas existentes. La decisión 291 sólo requiere que se cumpla con las disposiciones generales de la misma, caso en el cual se la deberá registrar.

Efectos de la distinción. La nueva decisión otorga a los inversionistas extranjeros trato nacional. Los inversores extranjeros tendrán derecho a repatriar el resultado de la enajenación de sus acciones o al repatriar la cuota en que se reduzca la inversión extranjera. Son reexportables (repatriables), en consecuencia, los capitales invertidos, sus incrementos y las reinversiones realizadas.

Las empresas con inversión extranjera tienen derecho a recurrir al crédito interno y externo, respecto a éste se ha eliminado el requisito de autorización tanto para ello como para hacer efectivos los pagos al exterior en concepto de amortización e intereses; así surge del principio de trato nacional no contradicho por disposiciones expresas.

Respecto a los dividendos, la disposición anterior limitaba su giro al exterior al 20% de la inversión extranjera, si bien cada país podía aumentar libremente este porcentaje. Actualmente, pueden girar libremente el total de las utilidades netas comprobadas.

1.8. *Objetivos de la norma*

Uno de los objetivos iniciales de estas disposiciones fue formar un bloque común de negociación de los países miembros del Pacto Andino frente al capital transnacional, evitando que la amenaza de realizar la inversión en un país vecino o retirar la inversión hacia un país vecino fuera utilizada para obtener privilegios especiales respecto al trato dado al capital nacional. La actual reforma culmina un proceso de liberalización del régimen común orientado a compatibilizar sus principios con las tendencias en la materia en el derecho comparado y, en especial, a estimular la inversión extranjera en la región. Al igual que en los restantes países de América Latina, la legislación regulatoria que pretendió en su momento establecer criterios de trato equitativo entre el capital nacional y extranjero que por otra parte permitieran evitar desequilibrios fuertes en los indicadores económicos, en especial

en la balanza de servicios, debió ser modificada para enfrentar una crisis más aguda en el mismo sector.⁵

El acuerdo sobre aranceles aduaneros y comercio (GATT). México adhirió al GATT en 1986, luego de un intenso debate sobre la conveniencia de abrir la economía al intercambio con el exterior y reducir drásticamente las protecciones arancelarias y no arancelarias (prohibiciones de importar); debate que se reabrió con motivo de los programas de modernización económica y de constitución de un bloque económico con Canadá y EE.UU., iniciados en 1989. Las resoluciones de la ronda Uruguay en el tema de servicios no afectan demasiado a México, porque las indicaciones que se aprobaron en la misma coinciden con las líneas actuales de política económica y legislativa en la temática del Derecho Económico; son sin embargo preocupantes en tanto significan un avance en la definición de la política internacional comercial y económica por parte de un organismo en el cual los países de menor desarrollo negocian en situación desfavorable, avance que tenderá a ser mayor al pasar el GATT de acuerdo provisional a organización internacional estructurada, la Organización Multilateral de Comercio (OMC). Todas las resoluciones que se aprobaron el 15 de diciembre de 1993 fueron de amplia liberalidad en inversiones (eliminación de prescripciones en materia de contenido nacional, de obligaciones de balance en comercio internacional de las grandes empresas transnacionales, acceso de éstas a las compras de gobierno) y altamente proteccionistas en materia de propiedad intelectual.

2. *Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la Inversión Extranjera*

Las proyecciones previas a la puesta en práctica del programa de modernización a partir de 1989 (inserción en el proceso de globalización económica mundial) no se cumplieron: las importaciones crecieron mucho más de lo previsto y las exportaciones en mucha menor proporción. En pocos años la agudización del déficit de la balanza de cuenta corriente obligó a centrar la atención del gobierno en la captación de divisas, que no habían arribado como inversión extran-

⁵ Ver sobre la evolución de las disposiciones del Acuerdo de Cartagena en la materia, incluyendo un cuadro comparativo de las disposiciones 24, 220 y 291: CZAR DE ZALDUENDO, Susana, "El régimen común andino sobre inversiones extranjeras y transferencia de tecnología: capítulo final", en *Revista del Derecho Industrial*, año 13, enero-abril de 1991, núm. 37, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 37 y ss.

jera directa en las magnitudes que se había previsto (pese a una reglamentación inconstitucional de la legislación de control de la misma). La renegociación de la deuda (planes Brady y Baker) imponía límites a los mecanismos tradicionales, por lo cual se recurrió al endeudamiento indirecto mediante la colocación de certificados de tesorería denominados en moneda nacional (clasificados en las estadísticas como endeudamiento interno) y a la apertura del mercado de valores al capital financiero extranjero especulativo (*hot money*).

El Tratado de Libre Comercio para América del Norte continuó siendo, en lo sustantivo, un convenio para la regulación del comercio entre las partes contratantes, pero comenzó a ser visto además como un instrumento apto para estimular el ingreso de mayores volúmenes de divisas que permanecieran en el país, a través de la inversión extranjera directa. Para ello era necesario que se le otorgaran garantías mediante normas cuya aplicación las partes podían exigir a través de organismos especiales creados al efecto (sistema de solución de controversias en los capítulos financieros [XIV], de inversión [XI], de comercio desleal [XIX] y el sistema institucional y de procedimientos para la solución de controversias [XXI]).

Las garantías, en consecuencia, ya no responden sólo a la decisión de México, sino que además son respaldadas por la protección a sus inversores por parte de los restantes países signatarios. La aceptación de las normas y la certificación otorgada por dos miembros connotados del grupo de los siete podía facilitar también el flujo de inversión extranjera de otros países industrializados. Los objetivos descritos se podían lograr comprometiéndose México a realizar profundas reformas a la legislación vinculada directa⁶ o indirectamente⁷ a la inversión extranjera. Presentamos una síntesis de las adecuaciones pactadas en el TLC.

2.1. *Trato no discriminatorio*

La ley mexicana establece distinciones que afectan la libre movilidad del capital productivo: *i*) reserva ciertas áreas consideradas estratégicas al gobierno federal, con exclusividad; *ii*) otras que se consideran prioritarias a personas físicas de nacionalidad mexicana y a

⁶ Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera. Publicada en el *Diario Oficial*, México, 1972.

⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917), legislación sobre expropiación, propiedad industrial y derechos de autor.

sociedades con cláusula de exclusión de socios extranjeros; *iii*) obliga a que en otras actividades la inversión extranjera se realice conjuntamente con inversión mexicana, en proporciones diversas, según su importancia; *iv*) en las restantes áreas, en las que los extranjeros pueden invertir libremente en empresas mexicanas, deben solicitar autorización cuando la inversión supere una suma que es determinada por la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras.

En el tratado se establece el compromiso de que la legislación de cada Estado no podrá realizar discriminaciones entre la inversión realizada por sus nacionales y la de los inversores de las otras partes; para ello otorgará a los inversores de los signatarios *trato de nacional o trato de nación más favorecida*, el que más le convenga. Se permite como excepción realizar reservas en las áreas estratégicas establecidas en las constituciones nacionales en lo que respecta al trato nacional, así como en algunas áreas de actividad que tradicionalmente son objeto de negociación bilateral (navegación aérea y naval, redes y servicios de telecomunicaciones) en relación al principio de nación más favorecida.

El traslado de estos principios a normas legales implica prácticamente la derogación de la denominada *doctrina* o *cláusula Calvo*, cuya subsistencia ha sido un impedimento para que México y demás países latinoamericanos que mantienen de manera total o parcial, puedan adherir a sistemas internacionales que garantizan las inversiones, como el Organismo Multilateral de Garantías de Inversiones (MIGA) que integra el sistema del Banco Mundial [según se verá más adelante].

2.2. *Expropiación*

Una vez establecido un trato favorable en el desarrollo de sus negocios, la principal preocupación de los inversores es la seguridad en la propiedad de sus bienes. La expropiación ha desempeñado un rol muy importante en la conformación del Estado mexicano, desde la que afectó a los bienes de la Iglesia en el siglo XIX (Ley Lerdo de 1856, Ley de Desamortización y Ley de nacionalización de los bienes eclesiásticos, ambas de 1859) a la de la banca en 1982, pasando por el reparto agrario y la nacionalización del petróleo y de las empresas productoras de energía. Un hecho revolucionario, como fue privatizar a la mayoría de las empresas estatales, parecía un hito oportuno para renunciar a una normatividad expropiatoria demasiado elástica. La Constitución mexicana y su ley reglamentaria establecían que el Eje-

cutivo estaba facultado para expropiar por causa de utilidad pública, pudiendo pagar la indemnización en un plazo de diez años, condiciones que no coinciden con la de la mayoría de los países en que se origina el flujo mundial de inversión extranjera directa.

Conforme al TLC (NAFTA), cada país se compromete a no expropiar inversiones de las otras partes si no es por causa de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias y respetando el principio de legalidad según los cánones del derecho internacional (incluido trato justo y equitativo). Ordenada la expropiación se deberá indemnizar al inversor sin demora y en bienes liquidables *en una moneda del grupo de los siete* o indiciando la indemnización a una moneda del grupo de los siete a partir de la fecha de expropiación y hasta la fecha de pago, incluyendo la tasa de interés correspondiente a la divisa elegida; esta obligación de indiciar afecta sólo a México, único signatario del Tratado que no pertenece al grupo de los siete. El expropiado podrá transferir la indemnización y sus intereses libremente y sin demora; el monto de la indemnización deberá ser equivalente al valor justo de mercado del bien expropiado, incluyendo el valor corriente y el valor del activo (que contemple el valor fiscal de los bienes tangibles).

La disposición constitucional mexicana no deberá modificarse, ya que dispone (artículo 27, 2º párrafo) que las expropiaciones sólo se podrán realizar por causa de utilidad pública y mediante indemnización, otorgando una gran amplitud al Congreso para su reglamentación; en cambio, sí se decidió reformar en temas sustanciales la legislación reglamentaria.

2.3. Requisitos de desempeño y libertad de transferencias

Las legislaciones de los países latinoamericanos más grandes (Brasil, México, Argentina), y la de los países miembros del Pacto Andino, exigían en diversos rubros requisitos de comportamiento a la Inversión Extranjera, siendo uno de los principales que cada empresa multinacional de envergadura mantuviera cierto equilibrio en la balanza comercial internacional, y que los productos elaborados por las ramas más dinámicas (automotriz, industria manufacturera) tuvieran un mínimo preestablecido de valor agregado y de insumos nacionales. En el TLC las partes firmantes se comprometen a *no exigir ningún requisito*, enumerando los que consideran más importantes. Tampoco podrán

exigir una nacionalidad especial a los miembros de alta administración de las empresas, pero sí a los del consejo de administración.

Los signatarios deberán además permitir la transferencia en divisas (a precio del mercado libre) del total de los dividendos de la inversión (no se puede exigir la reinversión total o parcial de los mismos), los pagos de tecnología e intereses, la repatriación de bienes y los resultados de la indemnización si hubiera habido expropiación.

2.4. Reformas legales

Las modificaciones constitucionales y legales que se derivan de este capítulo del TLC son demasiado profundas en temas muy sensibles a la sociedad mexicana como para ser realizadas simultáneamente, por lo cual la nueva Ley de inversión extranjera está sujeta a posteriores modificaciones hasta cumplir con todos los compromisos contraídos. Algunas reformas (pago de una indemnización indexada a divisas del Grupo de los Siete cuando se afecte a inversores canadienses y norteamericanos) por ser difíciles de integrar al sistema jurídico mexicano, se contemplaron indirectamente en la reforma de la Ley de expropiación, facultando al poder administrador a pagar en "moneda de libre circulación o en especie".⁸ En la misma reforma se establece que la ley (de expropiación) se aplicará "sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales de que México sea parte y, en su caso, en los acuerdos arbitrales que se celebren (artículo 21)". El sistema de solución de conflictos establecido en el TLC será analizado más adelante.

3. El nuevo rol del sistema de Bretton Woods

En abril de 1982, México anuncia que no podrá afrontar el pago de su deuda externa, y tanto el monto de la misma como la posible sucesión en cascada de anuncios similares por parte de países muy endeudados como Argentina, Brasil y Venezuela, hicieron temer una crisis profunda del sistema financiero internacional, quiebra de los principales bancos comerciales de los países desarrollados y desmoronamiento del sistema de Bretton Woods. Nadie imaginó en ese mo-

⁸ Decreto que reforma, adiciona y deroga disposiciones de diversas leyes relacionadas con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Diario Oficial*, México, 22 de diciembre de 1993.

mento ni en los primeros meses sucesivos, que el Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento saldrían sumamente fortalecidos y lograrían no sólo subsistir, sino que además se constituirían en un pilar fundamental para ayudar a superar la crisis, flexibilizando muy poco los lineamientos de política económica que tradicionalmente se imponían e imponen a los países endeudados, a través de la condicionalidad.⁹ Es necesario reconocer que, de manera menos destacada pero no menos eficiente, el sistema FMI-BM había participado en la coordinación de las medidas que permitieron superar la "crisis petrolera" de los setenta que derivó, directa o indirectamente, en el endeudamiento aludido.

Entre los éxitos más importantes del sistema en la "crisis de la deuda" destacan el *i*) haber impedido que se organice un "club de deudores", *ii*) haberse constituido en gestor del "club de acreedores" sin necesidad de ninguna formalidad declarativa u organizativa, *iii*) haber logrado prudentes compases de espera por parte de los acreedores, apoyo de los gobiernos desarrollados, quitas y prórrogas en momentos oportunos y *iv*) como contraprestación, imponer a los países deudores, a través de la condicionalidad: *a*) que "estaticen o nacionalicen" la deuda del sector privado; *b*) que impulsen políticas estabilizadoras basadas en privatizaciones de empresas estatales aceptando deuda externa como parte del pago; *c*) que presionen para que los salarios se mantengan en niveles muy bajos; *d*) que promuevan aperturas radicales en el comercio internacional. Sin duda que tan importante rol supera en la práctica las funciones para las cuales fueron concebidas ambas instituciones, si bien las acciones se desarrollaron dentro de su marco estatutario.

Es a partir de estos éxitos que se comienza a pensar en el sistema de B. W. como instrumento útil para concertar el reordenamiento financiero, y económico, en el nuevo mundo que irrumpe a partir de la caída del muro de Berlín; y también en la posibilidad de que concerte las políticas de inversiones extranjeras junto con el [hasta hace poco exitoso] Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). Para ello se debía lograr que los países en desarrollo dejaran de tratar estos temas en los organismos internacionales espe-

⁹ Como era difícil prever que muchos de los sectores empresariales que se habían endeudado con el exterior irresponsablemente y debieron ser rescatados por el gobierno a través de FICORCA se recuperaran tan rápidamente y pudieran no sólo adquirir parte de las casas de bolsa, sino también una parte de la banca privatizada.

cíficos (UNCTAD, ONUDI, OMPI), en los cuales las condiciones para el debate eran poco "eficientes" desde una perspectiva política, en especial por la constitución de bloques basados en el nivel de desarrollo de los países [como el grupo de los setenta y siete, constituido por los países en desarrollo, o del tercer mundo, del que México se separó en 1994 al incorporarse a la OCDE].

De esta manera, el Fondo Monetario Internacional asesora a los países en transformación para que puedan acceder a un sistema de mercado libre en un plazo prudencialmente rápido, sin traumas políticos o económicos profundos (con éxito relativo) y crea instrumentos para fomentar la inversión extranjera en los países subdesarrollados. Los criterios que tradicionalmente imponía el FMI a través de la condicionalidad y que fueron, y son, tan cuestionados [no sólo por afectar la soberanía económica de los Estados, sino por sus efectos nocivos en el desarrollo de las economías nacionales y en la distribución del ingreso], se brindan a los países que pasan de economías centralizadas a economías de mercado libre (de socialistas a capitalistas) a petición de parte y sin que recibieran, en la primera etapa, préstamos o financiamientos importantes. Esta función es expresamente otorgada y solicitada por los países industrializados que tienen, por su capacidad de voto, el control de las instituciones financieras surgidas de Bretton Woods.¹⁰

En aspectos fundamentales de la profunda transformación mundial contemporánea el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial cumplen un rol decisivo: *i*) la regulación del mercado financiero internacional; *ii*) la renegociación de la deuda externa de los países en desarrollo bajo nuevas políticas de condicionalidad (apertura de los mercados de valores locales al capital financiero especulativo, privatización de empresas estatales, desmantelamiento del estado de bienestar); *iii*) la reestructuración económica y política de los países que integraban la Unión Soviética y su entorno; *iv*) la globalización mundial del comercio y del flujo internacional de capitales.

¹⁰ En la reunión del Grupo de los Siete del 26 de abril de 1992 en Washington, EE.UU., los ministros de hacienda y los gobernadores de bancos centrales de los integrantes del grupo declararon: "[...] su satisfacción ante las medidas de reforma ya adoptadas en Rusia. Subrayaron que no existe ningún camino más productivo para Rusia que establecer una economía de mercado a través de un programa de reforma macroeconómica y estructural estricto de alcance general. Instaron a Rusia y al FMI a consumir prontamente las negociaciones de un programa general de estabilización y reforma en el que se prevea".

Los Estados Unidos de Norteamérica, pese a su crisis económica y financiera, se niega a transferir o compartir el rol de gendarme del mundo; el acelerado crecimiento de Japón y de los países que integran la Comunidad Europea [que será sin duda mucho mayor al culminar el proceso de modernización de lo que fuera la República Democrática Alemana], demanda instituciones internacionales que coordinen esfuerzos en la reestructuración mundial y eviten la resolución de las contradicciones en conflagraciones mundiales [como sucediera frecuentemente en este siglo]. No puede ser sólo la Organización de las Naciones Unidas en la cual, pese al derecho de veto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, subsiste el sistema de un Estado un voto en un órgano importante como es la Asamblea; todo pareciera indicar, por el contrario, que desempeñarán un rol fundamental las instituciones surgidas de Bretton Woods, con el apoyo del GATT. Esta concertación ha demostrado su eficiencia al menos respecto a las decisiones de los países industrializados sobre el comportamiento de los de menor desarrollo; les resulta mucho más difícil coordinar la competencia pacífica en el bloque industrializado.

3.1. *El Banco Mundial y la Inversión Extranjera*

Durante la década de los 60 y mediados de los 70, la inversión extranjera era objeto de atención preferente en la política económica y legislativa de los países en desarrollo, que trataron de establecer ciertas restricciones para evitar pagar en el largo plazo un precio demasiado alto por la radicación de los capitales que necesitaban para modernizar su infraestructura productiva y para equilibrar la balanza de pagos. Pero desde mediados de los 70 se comenzó a verificar un peso superlativamente mayor de los flujos por endeudamiento externo.

La década de los 80 quedó marcada, en consecuencia, por las dificultades de los países en desarrollo para pagar la enorme deuda contraída, las interminables negociaciones, y una búsqueda infructuosa de inversión extranjera directa. Las demandas de los países desarrollados y de las empresas transnacionales para que se modifiquen las legislaciones proteccionistas que en esta materia se habían dictado a fines de los 60 y principios de los 70, no se hizo esperar y las débiles economías latinoamericanas accedieron a la liberación solicitada sin obtener, sin embargo, una respuesta positiva inmediata en ingresos netos de inversión.

En la mitad de los 80 recién se comienza a recuperar en el mundo el flujo internacional de inversión extranjera directa que pasa de 47 mil millones de dólares en 1985 a 139 mil millones en 1988,¹¹ con evoluciones erráticas en los años siguientes en que pasaron de 229 mil millones de dólares en 1990 a 170 mil en 1991;¹² sin embargo, si bien los países en desarrollo también vieron incrementarse el ingreso de capitales, la tasa de crecimiento fue inferior a la que se registró en los países desarrollados: en 1985 los países en desarrollo recibieron el 24% del flujo mundial de inversión extranjera directa, y sólo el 13% en 1989.¹³ Si consideramos las cifras de Japón, que se ha convertido en el país individual que exporta mayor volumen de inversión directa, América Latina recibió en el periodo 1969/1973 el 16.8% de los capitales exportados, contra el 22.6% recibidos por EE.UU.; en 1992 la proporción recibida por América Latina se redujo al 7.3% y la de EE.UU. se elevó a 48%.¹⁴

También ha destacado en los últimos años el crecimiento del flujo internacional de inversión extranjera de cartera, influida por rápidas y muy altas ganancias en algunos mercados bursátiles de países en desarrollo como México, Brasil y Argentina.

3.2. *La asesoría en inversión extranjera directa*

Hasta hace pocos años, el FMI y el BM abordaban el tema de la inversión extranjera directa sólo ocasionalmente; el primero sugería (o presionaba, según los casos) cuando hacía uso de la condicionalidad, para que se facilitara la inversión extranjera directa mediante la liberalización de las transferencias al exterior. El Banco Mundial, por su parte, facilitaba el desarrollo de infraestructuras que permitían la expansión industrial, condicionando (atando) los préstamos. Pero a partir de 1986, el denominado grupo del Banco Mundial comienza a intervenir directamente en la promoción de la inversión extranjera, coincidiendo con el inicio de la tendencia ya aludida al incremento de los flujos internacionales, y a la reorientación de los países de Euro-

¹¹ ELIZONDO, Saúl, "Foreign Direct Investment", en *Determinants and Systematic Consequences of International Capital Flows*, Occasional Paper núm. 77, Ed. International Monetary Fund, Washington, D. C., 1991, p. 68.

¹² Fuente: JETRO; con base en información estadística del Fondo Monetario Internacional. Las cifras de 1991 son estimaciones.

¹³ Información de la OCDE.

¹⁴ JETRO, *op. cit.*, p. 31.

pa Oriental y Central hacia economías de mercado, en uso de facultades otorgadas a la institución desde su fundación:

Entre los fines originarios del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento está "II. Promover la inversión privada en el extranjero por medio de garantías o participaciones en préstamos y otras inversiones hechas por inversionistas privados; y, cuando el capital privado no pueda conseguirse en condiciones razonables, complementarlo facilitando, en condiciones adecuadas, fondos para fines productivos, obteniéndolos ya sea de su propio capital, de fondos que consiga o de sus otros recursos [...]"

Para cumplir estos nuevos objetivos, la Corporación Financiera Internacional (CFI) creó el Servicio de Asesoría sobre Inversión Extranjera (FIAS) (1986), y el Organismo Multilateral de Garantías de Inversiones (OMGI, más conocido por su sigla en inglés MIGA) (1988). Estas instituciones como su nombre lo indica, han orientado su actividad a cubrir dos áreas muy importantes: a) Prestar asistencia técnica a los países en desarrollo sobre las políticas económicas y jurídicas que deben impulsar para poder atraer la inversión de empresas transnacionales, y b) crear un organismo internacional asegurador (o reasegurador) de la inversión extranjera directa.

El FIAS realiza las recomendaciones conforme a la realidad de cada país consultor, pero las mismas se orientan en el marco de políticas comunes, que se pueden sintetizar y correlacionar con algunas reformas realizadas por México en estos mismos años; éstas son:

3.2.1. Selección de las propuestas de inversión

Se deberá permitir la entrada sin restricciones de inversiones extranjeras en general; el número de inversiones cuya aprobación estará sujeta a examen, aconseja, deberá circunscribirse a una corta "lista negativa".

En México se redujo la lista de áreas en que se prohibía la inversión extranjera mediante una serie de reformas constitucionales (para facilitar la privatización de la banca), sustituyendo la ley que regulaba la inversión extranjera en el sentido aconsejado, autorizando una más amplia inversión extranjera en la banca privatizada mediante las acciones "L" y las denominadas acciones neutras, que permiten prácticamente la inversión extranjera ilimitada (ambos temas se analizarán en detalle más adelante).

3.2.2. Incentivos para las inversiones

Se recomienda que se definan claramente los tipos de inversiones que merecerán incentivos, y éstos deberán concederse automáticamente para reducir al mínimo el margen de discreción o de negociación. A la hora de conceder incentivos no se debe favorecer a los inversionistas extranjeros frente a los nacionales. Se deben evitar las exoneraciones temporales de impuestos.

A *contrario sensu* se aconseja que no se otorguen estímulos a los nacionales de los cuales se excluya a los extranjeros, incrementando la competitividad de los primeros.

3.2.3. Transferencia de dividendos y remesas

No deberá haber restricciones, sugiere la institución, para transferir al extranjero dividendos, capital, regalías, honorarios y reembolsos de los préstamos internacionales. No deben imponerse restricciones al acceso de los inversionistas extranjeros a las divisas.

La *Ley de fomento y protección de la propiedad industrial de México* (1991) derogó la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, que establecía ciertas restricciones a la convención *inter partes* respecto a regalías y honorarios por tecnologías y asistencia técnica; también se derogaron las restricciones cambiarias mínimas que subsistían desde que se estableció el control de cambios con motivo de la crisis financiera de 1982.

3.2.4. No se deben realizar esfuerzos costosos para la promoción de las inversiones hasta que el clima de inversiones en el país sea satisfactorio. Deberá establecerse una organización dedicada al fomento de las inversiones que mantenga estrechos vínculos con el sector privado local y se dedique principalmente a brindar apoyo a los inversionistas, y no a la selección de los mismos.¹⁵

Las recomendaciones pueden agruparse de dos objetivos: que se establezca una política legislativa que facilite la inversión extranjera de las empresas transnacionales sin que las mismas se sujeten al control gubernamental y evitar una politización de los programas gubernamentales.

¹⁵ PFEFFERMAN, Guy, "Mayor facilidad para la inversión extranjera", en *Revista Finanzas y Desarrollo*, Ed. Fondo Monetario Internacional-Banco Mundial, Washington, D. C., marzo de 1992.

mentales que, a partir de favorecer al capital extranjero sobre el nacional, politice estos programas y provoquen una reacción inversa.

El Banco Mundial recomienda a economías débiles para las cuales el proceso de reestructuración implica riesgos enormes, que adopten medidas mucho más profundas y liberalizadoras que aquéllas del mismo signo que, de ser tomadas por los países desarrollados, implicarían un gran beneficio no sólo para las economías subdesarrolladas, sino para el incremento del comercio mundial: la eliminación de subvenciones al agro que tuvieron paralizada a la Ronda Uruguay del GATT. El peligro de esta parálisis fue reconocido por las mismas instituciones aludidas al expresar: "El fracaso de la Ronda (Uruguay) entrañaría detener los primeros progresos alcanzados en ámbitos negociados provisionalmente por ella; correr el riesgo de que se apliquen más medidas proteccionistas, y tener un sistema de comercio mundial menos flexibles y capaz de reaccionar en los cambios de circunstancias [...]".¹⁶ Dicho fracaso se evitó sólo en apariencia, sin que los países desarrollados que protegen o subvencionan su mercado de bienes agrarios hicieran grandes concesiones, y acentuando las presiones sobre los países de menor desarrollo en materia de inversiones extranjeras y propiedad intelectual.

3.3. La garantía internacional de la inversión extranjera directa

A efectos de facilitar la canalización de capital extranjero a los países en desarrollo, minimizando los riesgos derivados de hechos políticos y de política económica, el Banco Mundial creó un sistema de garantías que cumple funciones en parte similares a las del FMI en materia financiera.

El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (conocido por su sigla en inglés MIGA) asegura (o reasegura) nuevas inversiones directas en países en desarrollo, pudiendo cubrir en estas operaciones; a) *transferencias de moneda*, para el caso en que medidas de control de cambio impidan convertir los ingresos de las empresas; b) *expropiación*, si no se logra una indemnización plena y adecuada; c) *guerra y disturbios civiles*; d) *incumplimiento de contrato*, cuando el inversor no pueda hacer cumplir un contrato suscrito con el país huésped, habiendo logrado un laudo o decisión favorable. El objeto

¹⁶ Comunicado del Comité Ministerial Conjunto de las Juntas de Gobernadores del Banco y del Fondo para la Transferencia de Recursos Reales a los países en Desarrollo (Comité para el Desarrollo), Washington, D. C., EE.UU., 28 de abril de 1992.

de la cobertura es la nueva inversión extranjera directa entendida en sentido amplio; 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.

El MIGA se constituyó en abril de 1988 y a diciembre de 1991 se habían adherido 16 países desarrollados y 58 en vías de desarrollo (entre ellos todos los de Europa Occidental y Oriental); pero no lo había hecho ninguno de los países importantes de América Latina, en una reacción similar a la que tuvieron con el *sistema de arbitraje respecto a inversiones* creado por el Banco Mundial. El motivo principal es que consideran que el sistema obligaría a eliminar la aplicación de la doctrina Calvo del derecho positivo y de las transacciones, lo cual facilitaría la vocación intervencionista de algunos países desarrollados.¹⁷

4. Las vicisitudes de la Doctrina Calvo y la IED

Si bien no fue expuesta por el internacionalista argentino con precisión, el desarrollo teórico de la "cláusula" se puede resumir en: a) ninguna persona extranjera puede pretender mayores derechos que los nacionales —versión inversa del principio de "trato nacional"—, resida o no en el país huésped; b) La aplicación del derecho nacional a personas jurídicas extranjeras o a los bienes de las mismas no da derecho a la protección diplomática de otro país, interpretación que no implica descartar la gestión diplomática sino el intervencionismo derivado de las mismas; c) Los conflictos derivados de inversión extranjera y las negociaciones vinculadas a la misma (inversión finan-

¹⁷ Ver sobre el tema: WALLACE, Laura, "El organismo multilateral de garantía de inversiones en plena actividad", en *Revista Finanzas & Desarrollo*, FMI y BM, Washington, marzo de 1992, pp. 48-49; DÍAZ, Luis Miguel, "La inversión extranjera. Promoción internacional de la inversión extranjera: el MIGA, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 14, Ed. Escuela Libre de Derecho, México, 1990; SHIHATA, Ibrahim F. I., "The settlement of disputes regarding foreign investments; the role of the World Bank, with particular reference to ICSID and MIGA, Comment: Russell L. Munk; en EFFROS, Robert C. (edited by), *Current legal issues affecting Central Banks*, Washington, D. C., Ed. International Monetary Fund, mayo de 1992, pp. 173 y ss.; LAVIÑA, Félix, *Organización del Comercio Internacional*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1993, pp. 81 y ss.

ciera, transferencia de tecnología) se dirimen por la justicia del país huésped y según su derecho. Estas disposiciones son, en principio, de orden público e inderogables por las partes.¹⁸

De estos contenidos, México recoge la renuncia a la protección diplomática, la aplicación del derecho interno y de la jurisdicción nacional para resolver los conflictos, el principio de que las personas físicas o morales extranjeras no pueden recurrir a la protección de otros países de los que fueran ciudadanos o residentes. Los países industrializados, en su mayoría, aceptan estas disposiciones como ley entre las partes (país huésped e inversor) si bien consideran que no les puede ser opuesta como principio.

4.1. Excepciones destacadas a la Doctrina Calvo

En los últimos años la presión para eliminar la doctrina Calvo del derecho positivo mexicano ha sido muy intensa, y fue presentada como condición para que el país recibiera una mayor inversión extranjera, por otra parte, muchos autores han considerado que en especial la llamada Cláusula Calvo (la establecida en el artículo 27 constitucional) es caduca y que no habiéndose aplicado en ningún caso, sería conveniente prescindir de ella en aras de obtener mayor beneficios.¹⁹ Estas presiones han logrado que las autoridades mexicanas renuncien a la doctrina Calvo en todos aquellos casos en que al hacerlo no se viola directamente una disposición legal expresa; en el derecho positivo la derogación ha sido en muchos casos vergonzante y no se la ha asumido directa y expresamente, pero sí mediante normas más o menos difusas, algunas inconstitucionales:

¹⁸ ROFE, Pedro, "Calvo y su vigencia en América Latina, *Revista del Derecho Industrial*, año 6, núm. 17, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, pp. 353 y ss.; DÍAZ MÜLLER, Luis, "Deuda externa y derecho internacional: las deudas odiosas, la Carta Tate y otros misterios, en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, año V, núm. 13, México, Ed. UNAM, 1990, pp. 67 y ss.

¹⁹ DÍAZ, Luis Miguel, *La inversión extranjera. Promoción internacional de la inversión extranjera: el MIGA*, op. cit., nota 13. El autor aconseja reconsiderar el tema en México y en general, en América Latina, expresando que "parece urgente el abandono de tabúes que hoy impiden la recepción de capitales para el progreso de los pueblos y su bienestar general. En última instancia el bienestar de los pueblos sólo es cuantificable en términos de recursos materiales que permitan una vida digna", p. 486. Ver del mismo autor y en igual sentido, "La intervención económica como norma jurídica: las cartas de intención", en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, año V, núm. 13, México, UNAM, 1990, pp. 57 y ss.

a) La doctrina Calvo no es considerada en los contratos de renegociación de la deuda que suscribe el Gobierno Federal mexicano como deudor, en la que acepta la aplicación de la ley y la jurisdicción del acreedor;²⁰ ni acepta que se considere cuando negocia como acreedor.

b) Si bien se inserta en la legislación sobre inversión extranjera la renuncia a la protección diplomática de países extranjeros cuando se constituye una sociedad o se adquiere un inmueble, en el Reglamento de la misma (que continúa siendo el de la ley anterior hasta que se actualice) se relativiza su importancia al establecer la *autorización ficta* cuando la Secretaría de Relaciones Exteriores no conteste una solicitud de autorización en un plazo de cuarenta y cinco días hábiles;²¹ dada la importancia del tema en consideración, hubiera sido más adecuado suponer el *rechazo ficto*, otorgando un recurso directo ante tribunales judiciales o contenciosos administrativos.

c) En la Ley de Inversiones Extranjeras no se obliga a los inversores individuales a renunciar a la protección diplomática, pues en este caso no podrían realizar reclamos ante un tribunal arbitral conforme se compromete México como *Parte* del TLC, pero la ley de nacionalidad dice de manera expresa que los extranjeros deberán realizar la renuncia a que hace referencia el artículo 57 constitucional.²²

d) La Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial ordena que no se inscriban los contratos de licencia en los cuales se declare expresamente no aplicable la misma, pero autoriza el sometimiento de las partes al arbitraje internacional en caso de conflicto (artículo 66 segunda parte). Si bien la inscripción de los contratos de licencia no es constitutiva, sino sólo necesaria para su oponibilidad

²⁰ SAMTLEBEN, Jürgen, "Cláusulas de jurisdicción y legislación aplicable en los contratos de endeudamiento externo de los Estados latinoamericanos", en *Revista del Derecho Industrial*, año 11, núm. 32, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1989, pp. 363 y ss.; VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, *La crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales*, México, Ed. Miguel Ángel Porrúa, 1990, pp. 106 y ss.

²¹ "Artículo 3º [...] La Secretaría de Relaciones Exteriores deberá resolver las solicitudes de obtención de los permisos previstos en la Ley y este Reglamento dentro de los cuarenta y cinco días hábiles siguientes a la fecha en que sean presentadas. Transcurrido el plazo señalado sin que resuelva lo que corresponda, se considerará que la Secretaría de Relaciones Exteriores concedió el permiso que se hubiere solicitado" (Reglamento de la Ley para promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, *Diario Oficial de la Federación*, México, 16 de mayo de 1989).

²² Ley de nacionalidad, *Diario Oficial*, 21 de junio de 1992.

frente a terceros, consideramos que la norma rige para todos los contratos e incluso en las relaciones *inter partes*.

e) En cumplimiento de los compromisos contraídos en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte, se reformó la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica²³ estableciendo que a los actos jurídicos que realicen Petróleos Mexicanos y a la Comisión Federal de Electricidad les será aplicada la legislación federal y que serán de competencia de los tribunales federales las *controversias nacionales*, salvo acuerdo arbitral. Además se faculta a estos dos importantes organismos 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".

5. La solución de controversias sobre inversión en el TLC y la Doctrina Calvo

El Tratado de Libre Comercio establece un sistema especial para dirimir los conflictos que se deriven del incumplimiento por una de las partes de las obligaciones contraídas. Este sistema tiene la peculiaridad de otorgar legitimación activa a particulares para llevar a cualesquiera de las mismas (Estados signatarios) a un tribunal arbitral, privándolas del derecho de acudir a sus propios tribunales judiciales.

5.1. Quiénes pueden solicitar el tribunal arbitral

El derecho a recurrir al tribunal arbitral lo tienen *i)* el inversionista de una parte o *ii)* el inversionista de una parte en representación de la empresa de otra parte a la que controla directa o indirectamente, o de la cual es propietario, contra otra parte que no hubiere cumplido obligaciones contraídas en el capítulo de inversiones y de empresas del Estado y monopolios del TLC, a causa de las cuales el actor hubiera sufrido pérdidas o daños; esta facultad permite a un sujeto económico que realiza actividades mercantiles o productivas en México bajo diversa personalidad jurídica y nacionalidad que en su país de origen, reali-

zar 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 el no cumplimiento del laudo por parte de México. El tratado favorece el abuso de personalidad jurídica por parte de las 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 internacionales que aplicarán el Tratado y el Derecho Internacional; la parte (el Estado mexicano, en nuestro caso) está obligada a aceptar la opción arbitral.

5.2. Conflictos a los que se aplica la solución de controversias

Podrá el inversionista solicitar un tribunal arbitral cuando se haya violado alguna de las disposiciones pactadas en el capítulo de inversiones, y en los artículos 1503(2) "Empresas del Estado" y 1502-(3-a) "Monopolios y empresas del Estado". En el artículo 1139 del TLC se precisan los actos que deben entenderse como inversión, si bien se define a la inversión enunciando los resultados de la misma: cuando dice que una empresa es una inversión, en realidad quiere decir que la existencia de la empresa fue el resultado de una inversión. Realizada esta aclaración, se define como inversión: *a)* una empresa, debiéndose entender por tal según lo dispuesto por el artículo 201 del mismo tratado "cualquier entidad constituida u organizada conforme a la legislación vigente, tenga o no fines de lucro y sea de propiedad privada o gubernamental, incluidas las compañías, fideicomisos, participaciones, empresas de propietario único, coinversiones u otras asociaciones"; *b)* acciones de una empresa; *c)* instrumentos de deuda de una empresa, y *d)* un préstamo a una empresa: *i)* cuando la empresa es una filial del inversionista, *ii)* cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda o del préstamo, respectivamente, sea por lo menos de tres años —pero no incluye un instrumento de deuda o un préstamo de o a una empresa del Estado, independiente-

²³ Decreto que reforma, adiciona y deroga disposiciones de diversas leyes relacionadas con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Diario Oficial*, México, del 22 de diciembre de 1993.

mente de la fecha original del vencimiento—; e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa; f) una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que éste no derive de una obligación o de un préstamo excluidos conforme al inciso c) o d); g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales, y h) beneficios provenientes de destinar capital u otros recursos para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte entre otros, conforme a: i) contratos que involucren la presencia de la propiedad de un inversionista en territorios de otra Parte, incluidos, las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano, o ii) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa.

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

El concepto de inversión es muy amplio y comprende, en algunos casos, los resultados de la propiedad industrial, la inversión de cartera y el endeudamiento de mediano plazo y en todos estos casos tendrá acción el inversionista; sin embargo, sus derechos nacen a partir de una inversión legítima, no podrá accionar para exigir que se autorice una inversión o que se cumplan compromisos de legislar de una manera determinada en temas considerados *inversión*.

5.3. Derecho aplicable

En lo sustantivo, los árbitros fundarán su decisión en las normas del TLC y en el Derecho Internacional, siendo obligatorias las interpretaciones que haya realizado la Comisión (del TLC). El *inversionista* podrá solicitar que la reclamación arbitral se someta a las reglas del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI)²⁴ cuando su país y el demandado sean parte de la misma (México aún no ha adherido al mismo, pero seguramente lo hará en breve plazo); a las correspondientes del Mecanismo Complementario del CIADI si se ha adherido alguno de los dos países a que se aludió pero no ambos; o a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).²⁵

El laudo podrá ordenar la restitución de la propiedad (si fuera el objeto del reclamo), que se podrá resolver en el pago de daños e intereses, o el pago de daños e intereses. El laudo arbitral será obligatorio para las partes, que deberán cumplirlo sin demora; el plazo prudencial se fija conforme al Convenio por el cual se optó para arribar al laudo definitivo, sin que la parte lo haya cumplido.

Para la ejecución del laudo, en caso de incumplimiento, el *inversionista* podrá recurrir a la Convención del CIADI, a la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York)²⁶ o la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.²⁷

La acción para el cumplimiento del laudo arbitral no impide al inversionista solicitar la integración de un panel arbitral conforme a lo dispuesto en el capítulo XX del TLC (artículo 2008) que dictamine si el incumplimiento o desacato es contrario a lo convenido en el TLC y una recomendación para que la parte se ajuste y observe el laudo definitivo.

5.4. Arbitraje y protección diplomática

Se parte del principio de que el inversionista, al recurrir al procedimiento arbitral, renuncia a solicitar la protección diplomática de su país; sin embargo, esto no se establece con claridad en el TLC, ni en las reglas de la UNCITRAL. El artículo 27 de la Convención del CIADI determina de manera expresa que los Estados que lo suscriben no concederán protección diplomática a sus nacionales si éstos han

²⁴ Washington, D. C. (EE.UU.), 18 de marzo de 1965.

²⁵ Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1976.

²⁶ Celebrada en Nueva York, EE.UU., el 10 de junio de 1958, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, México, el 22 de junio de 1971.

²⁷ Suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, México, el 20 de agosto de 1987.

sometido el conflicto al arbitraje según el Convenio, *salvo que el Estado demandado no haya acatado el laudo o haya dejado de cumplirlo*. Esta salvedad, que no ha sido debidamente evaluada,²⁸ legitima la *protección diplomática* que prohíbe el artículo 27 constitucional y deja su ejercicio librado a la interpretación del Estado del cual es nacional el inversionista o a tribunales ajenos a los nacionales de la parte (*México en el caso en análisis*) demandada. Algunos autores consideran, por ejemplo, que el no cumplimiento en los plazos convenidos, unido a la oposición del país a que se embarguen sus bienes, configuran los elementos que dan lugar a la protección diplomática.²⁹

5.5. Vigencia contemporánea de la Doctrina Calvo

La tácita derogación de la doctrina Calvo en el derecho positivo mexicano obliga a cuestionar su vigencia histórica; quienes se oponen argumentan los beneficios que se podrían derivar de su derogación en términos de inversión extranjera directa y la evolución habida en el ámbito internacional que hacen muy poco probable el uso de la fuerza por terceros países para proteger la inversión de sus nacionales. Es probable que ello sea cierto en los términos toscos y directos utilizados años ha para la protección diplomática en análisis, pero las últimas experiencias, inclusive en la posguerra fría, indican que los intereses estratégicos pueden ser disimulados para la actuación violenta, inclusive recurriendo a disfraces de acciones multilaterales.

El país que aporta el 70% de la inversión extranjera y un porcentual similar de la tecnología que recibe México, miembro destacado del TLC es uno de los que ha mostrado una actitud más agresiva en este sentido; por qué se invadió Irak en defensa de la soberanía de Kuwait y no se defendió con la misma fuerza otras decisiones más importantes en términos humanos y de soberanía adoptadas por la ONU, sólo se puede responder en función de los intereses petroleros de EE.UU. como potencia y en especial de sus empresas transnacionales petroleras. Por otra parte, tampoco Estados Unidos ha mostrado voluntad por cumplir las resoluciones internacionales cuando afec-

²⁸ ORTIZ ALHF, Loreta, "Mecanismos internacionales para la solución de controversias internacionales en materia de inversión extranjera", *Revista Jurídica (anuario)*, Ed. Universidad Iberoamericana, México, 1992.

²⁹ MIGLIORNO, Luigi, "L'esercizio della protezione diplomatica nel sistema JCSID", en revista *Diritto del Commercio Internazionale*, enero-marzo de 1993, Milán, Giuffrè Editore, pp. 127 y ss.

del Tribunal Internacional de La Haya que beneficiaba a Nicaragua, presionando a los países para que retiren sus reclamos de tribunales arbitrales, o argumentando discrepancias con su legislación nacional.³⁰ El Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, controlados en gran medida por los EE.UU. y el Grupo de los Siete, se negó a cumplir con las restricciones que le solicitara, y luego reclamara expresamente, la Organización de Naciones Unidas contra la política colonista y racista de Portugal y Sudáfrica, respectivamente; sin embargo, como se expresara en las primeras páginas, se apresuraron a presionar a los países que eran socialistas para que aceleraran su transformación en economías de mercado y apoyaran de manera significativa a los gobernantes partidarios de una economía liberal en desmedro de los políticos que postulaban mantener la situación anterior o una evolución gradual que limitara los perjuicios a los sectores de menores ingresos.

Es por ello que, pese a la tendencia descrita en cierta política jurídica gubernamental y a la opinión moderna de algunos autores, considero que la denominada Cláusula Calvo, en aspectos sustanciales, mantiene su vigencia; los cambios habidos en el mundo no han sido lo suficientemente positivos como para considerar que los principios de soberanía y de no intervención tienen tal aceptación actualmente como para que se prescinda de estas normas en el derecho positivo. En efecto, a) las invasiones a Granada, Panamá e Irak, recibieron aprobación no sólo al interior del país, sino además en los restantes países desarrollados, que muestran indiferencia, o a lo sumo perplejidad, respecto a este comportamiento de EE.UU.; c) el derecho positivo estadounidense muestra todavía rasgos primitivos y poco civilizados, como diversas maneras de eliminar físicamente a los delincuentes, la vigencia de los sistemas de recompensa por su captura, legalidad de los actos internos de gobierno que autorizan o exigen la comisión de delitos en el exterior si esto beneficia a la nación norteamericana; c) la tendencia de los tribunales del más alto nivel a considerar que el interés de EE.UU. está por sobre el Derecho Internacional; e) un sistema violento de extradición de supuestos delincuentes, violatorio de la soberanía de países con los que tiene relaciones diplomáticas formales, el cual en muchos casos no guarda relación

³⁰ DI GIOVANNI BATISTA, Ileana, *Derecho Internacional Económico*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1992, p. 304.

con los tratados suscritos con los países víctimas de agresión (secuestro del Presidente de Panamá, de supuestos delincuentes mexicanos).

En un fallo reciente, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha determinado que un ciudadano extranjero (mexicano en el caso) que fue llevado por la fuerza (por cazadores de recompensa) a los tribunales de USA desde un país con el cual existe un tratado de extradición, puede y debe ser juzgado por una Corte Federal de Distrito norteamericana. En el voto de la mayoría se expresa que: "El acusado pretende que encontremos que el Tratado actúa como una prohibición a la violación de un principio general de derecho internacional según el cual un gobierno no debe 'ejercer su poder de policía en otro Estado [...]'. 'Existen muchas acciones a ser tomadas por una Nación que violarían este principio, incluida la guerra, pero no por ello puede sostenerse seriamente que la invasión de los Estados Unidos por Méjico habría de violar los términos del tratado de extradición entre ambas naciones [...]'. Resulta paradójico que cierta claridad provenga del voto de la minoría: "[...] El notorio desdén por principios del derecho y las costumbres internacionales admitidos por la Corte [...] está enteramente huérfano de apoyo en la jurisprudencia y la doctrina [...]".³¹

5.6. *El Estado y sus representantes deben actuar conforme a las leyes nacionales*

En caso de considerarse caduca la Cláusula Calvo y de optar por la adopción de normas internacionales que priven sobre el derecho interno, a las que se deberá someter incluso el propio Estado mexicano, ello se deberá hacer legislando en este sentido de manera expresa y clara. Se debe reformar la Constitución en los capítulos pertinentes e incorporar las disposiciones en las leyes respectivas.³²

Tampoco es válido reducir la Doctrina Calvo al rechazo a la protección diplomática; corresponda a la misma o a principios generales de justicia inherentes al Estado-Nación y a su soberanía, es necesari-

³¹ Ver "Suprema Corte Estados Unidos, 15 de junio de 1992, U.S. vs. Alvarez Machain", en *La Ley*, Buenos Aires, 23 de junio de 1992, pp. 3-7 (traducción de Roberto J. Buil Goñi).

³² Las normas dictadas en materia de propiedad industrial, inversión extranjera, comercio exterior y la denominada miscelánea del TLC, nos hacen temer que en una futura reforma se establezca que la soberanía nacional reside en el pueblo, sin perjuicio de la aplicación de los tratados internacionales que al efecto se suscriban.

rio considerar el derecho irrenunciable del habitante del país y en especial del Estado a ser juzgado por sus propias leyes cuando se cuestionan sus decisiones soberanas. Si un funcionario público en el ejercicio de sus funciones detecta que una determinada medida que se ajusta al derecho público y privado del país que gobierna pero contradice ciertos principios del derecho internacional o del interno de países con los que comercia habitualmente, está obligado moral y constitucionalmente a ejercer sus funciones conforme al derecho nacional. Sin embargo, al hacerlo está sometiendo a su país a posibles reclamos internacionales ante tribunales que juzgarán las actuaciones del gobernante conforme a otro régimen jurídico diverso al que él debía acatar.

Algunos países como Argentina han establecido una interpretación a otro aspecto de Doctrina Calvo, el derecho de los ciudadanos (y del Estado) de agotar la jurisdicción nacional antes de recurrir a instancias internacionales; en tratados bilaterales de garantía de las inversiones ha aceptado que a los 18 meses de iniciada una acción ante los tribunales locales se considera agotada esta instancia y se puede recurrir al sistema de arbitraje previsto en el CIADI.³³ En el caso de México, es de dudosa constitucionalidad las disposiciones del TLC que impiden a los particulares y al mismo Estado, no sólo agotar, sino recurrir a las instancias establecidas en los artículos 104 y 103 de la Constitución Política.³⁴

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 iniciación de las indemnizaciones a divisas del 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 decisiones 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

³³ DI GIOVANNI, Ileana, *op. cit.*, pp. 281-282.

³⁴ ORTIZ AHLE, Loreta, *op. cit.*

para casos de emergencia económica. En estos casos, resultarán los personajes privilegiados de la economía nacional.

BIBLIOGRAFÍA

- CZAR DE ZALDUENDO, Susana, "El régimen común andino sobre inversiones extranjeras y transferencia de tecnología. capítulo final", en *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, Ed. Depalma, año 13, enero-abril de 1991, núm. 37, 1991.
- DI GIOVANNI BATISTA, Ileana, *Derecho Internacional Económico*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1992.
- DÍAZ, Luis Miguel, "La intervención económica como norma jurídica: las cartas de intención", en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, año V, núm. 13, 1990.
- DÍAZ MÜLLER, Luis, "Deuda externa y derecho internacional: las deudas odiosas, la Carta Tate y otros misterios", en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, año V, núm. 13, 1990.
- DÍAZ, Luis Miguel, "La inversión extranjera. Promoción internacional de la inversión extranjera: el MIGA", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 14, México, Escuela Libre de Derecho, 1990.
- ELIZONDO, Saúl, "Foreign Direct Investment", en *Determinants and Systematic Consequences of International Capital Flows*, Occasional Paper núm. 77, Washington, D. C., Ed. International Monetary Fund, 1991.
- FRIESE, Franz Josef, "Inversión y establecimiento en la República Federal de Alemania", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1980.
- LAVIÑA, Félix, *Organización del Comercio Internacional*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1993.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, "Constitución Económica. Inversiones de Capital Extranjero y Defensa del Interés Económico Nacional", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Economía y Hacienda, Ed. Civitas, vol. V, 1991.
- MIGLIORNO, Luigi, *L'esercizio della protezione diplomatica nel sistema ICSID*, en la revista *Diritto del Commercio Internazionale*, Milán, Giufrè Editore, enero-marzo de 1993.

- ORTIZ AHLF, Loreta, "Mecanismos internacionales para la solución de controversias internacionales en materia de inversión extranjera", *Revista Jurídica (anuario)*, México, Ed. Universidad Iberoamericana, 1992.
- PFEFFERMANN, Guy, "Mayor facilidad para la inversión extranjera", *Revista Finanzas y Desarrollo*, Washington, D. C., Ed. Fondo Monetario Internacional-Banco Mundial, marzo de 1992.
- REICH, Norbert, *Mercado y Derecho*, Barcelona, Ed. Ariel Derecho, 1985.
- ROFE, Pedro, "Calvo y su vigencia en América Latina", *Revista del Derecho Industrial*, año 6, núm. 17, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1984.
- SAMTLEBEN, Jürgen, "Cláusulas de jurisdicción y legislación aplicable en los contratos de endeudamiento externo de los Estados latinoamericanos", en *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, Ed. Depalma, año 11, núm. 32, 1989.
- SHIHATA, Ibrahim F. I., "The settlement of disputes regarding foreign investments: the role of the World Bank, with particular reference to ICSID and MIGA", Comment: Russell L. Munk, en el libro EFFROS, Robert C. (edited by) *Current legal issues affecting Central Banks*, Washington D. C., Ed. International Monetary Fund, mayo de 1992.
- VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, *La crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales*, México, Ed. Miguel Ángel Porrúa, 1990.
- WALLACE, Laura, "El organismo Multilateral de Garantía de Inversiones en plena actividad", en revista *Finanzas & Desarrollo*, Washington, Fondo Monetario Internacional y Banco Mundial, marzo de 1992, pp. 48-49.