

## LA EXPERIENCIA DE LOS APPRIS Y DE LAS NORMAS SOBRE INVERSIÓN EN EL TLCAN, EL TLC MÉXICO-UNIÓN EUROPEA Y LA OMC. SU RELACIÓN CON LA REGULACIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN MÉXICO

Jorge A. CALDERÓN SALAZAR

SUMARIO: I. *Tratados de libre comercio*. II. *Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*. III. *Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI)*. IV. *Conclusiones*.

### I. TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

El comercio debe ser promotor de desarrollo. En el caso de países con asimetrías tan marcadas como las de México, Estados Unidos y la Unión Europea, los tratados de comercio deben ser instrumentos para aminorarlas.

La inversión extranjera es complemento de la nacional, pero a la vez hay que lograr que dicha inversión juegue un papel definido dentro de una estrategia nacional de desarrollo y ello supone orientarla y regularla, además de condiciones de estabilidad política, infraestructura, productividad social y mercado interno que la atraigan efectivamente.

Es necesario regular dicha inversión para que se inserte en una estrategia nacional de desarrollo equilibrado regional y sectorialmente, con redistribución del ingreso, y en una relación internacional que disminuya las desigualdades.

En los tratados de libre comercio, en lo que respecta a la expropiación, transferencias e indemnización y teniendo como base de negociación un *marco legal favorable para la inversión*, el gobierno mexicano ha buscado otorgar trato preferencial al inversionista extranjero. Empero, al conceder-

\* Profesor de Desarrollo Económico, Facultad de Economía, UNAM. Director del IERD.

se un tratamiento especial a estas inversiones, se violan las garantías individuales de los ciudadanos mexicanos.

A continuación se exponen los aspectos más lesivos para nuestro país comprendidos en los tratados de libre comercio.

### 1. *Requisitos de desempeño*

En los tratados de libre comercio se eliminan los llamados “requisitos de desempeño”: aplicación de medidas tendientes a regular y orientar a la inversión extranjera, la obligación de proveerse de determinado porcentaje de insumos y servicios nacionales, equilibrios comerciales o de divisas, transferir tecnología, permanencia mínima, creación de empleos, entre otros.

El artículo 1106 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) se refiere a los requisitos exigibles y no exigibles a los inversionistas y sus inversiones bajo el título de requisitos de desempeño. Su ámbito de aplicación compromete no sólo respecto a los firmantes del TLCAN, sino a las inversiones e inversionistas de cualquier país en México. El primer párrafo habla de los requisitos que no se pueden exigir para el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión:

- a) Exportar un porcentaje específico de su producción.
- b) Alcanzar un determinado porcentaje de contenido nacional, es decir, de partes y componentes fabricados en el país.
- c) Dar preferencia a bienes o servicios producidos en su territorio.
- d) Una balanza comercial equilibrada o favorable.
- e) Obligar al inversionista a no vender su producción en el país como una protección a su industria nacional, o que pueda vender en el país sólo en una medida relacionada con las divisas por exportación que esa misma inversión genere.
- f) Transferir tecnología, procesos productivos o conocimientos reservados, salvo cuando el requisito lo imponga un tribunal como compensación por una violación a las leyes en materia de competencia.
- g) Ser proveedor exclusivo de un mercado específico regional o mundial, es decir, asignarle un nicho del mercado.

El artículo 1107 nos habla de que no se puede exigir que el personal de alta dirección sea de la nacionalidad del país anfitrión.

## 2. *Trato nacional*

La esencia de los capítulos sobre inversiones de los tratados de libre comercio es la obligación de dar a los inversionistas de los otros dos países un trato similar al que le damos a los inversionistas mexicanos y/o el tratamiento de “nación más favorecida”. Así, se habla de un trato “no discriminatorio”. Se usan dos conceptos clave que atraviesan no sólo este capítulo sino todo el cuerpo de los tratados: trato nacional entendido como “trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones” (artículo 1102, párrafo 1, del TLCAN). En los estados o provincias se obliga a dar “un trato no menos favorable que el más favorable otorgado por ese estado o provincia, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones” del país del que son parte (artículo 1102, párrafo 3, del TLCAN). Trato de nación más favorecida: “un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de otra parte, o de un país que no sea parte, en lo referente al establecimiento, adquisición...” (artículo 1103 del TLCAN). En el Tratado de Libre Comercio Unión Europea-México (TLCUEM), el gobierno se compromete a otorgar un tratamiento nacional, es decir, “un trato no menos favorable que el que conceda a las inversiones de sus propios nacionales y sociedades o a las inversiones de nacionales y sociedades de terceros Estados”.

Con el trato nacional y de nación más favorecida a empresas y corporaciones extranjeras, la aplicación de incentivos para promover y desarrollar empresas nacionales y favorecer empresas de carácter social y la micro, pequeña y mediana empresa mexicana, se hace prácticamente imposible. Ello estrecha de manera notable las capacidades de desarrollo de mecanismos de inversión conjunta entre pequeñas y medianas empresas.

La norma es el trato “no menos favorable”, es decir, que en ningún caso el trato puede ser peor que el de las empresas nacionales; por el contrario, el trato debe ser inclusive más favorable que el otorgado a un nacional. Empero, queda abierta la posibilidad de que con el afán de atraer inversión extranjera, se establezcan convenios, programas o apoyos especiales para

que las inversiones foráneas puedan ser tratadas de mejor manera que las empresas locales. De hecho, diversas disposiciones estarían confiriendo derechos especiales y más favorables que a los nacionales.

El “trato nacional” del TLCAN y el TLCUE se pretende justificar como un trato no discriminatorio. Se podría hablar de discriminación cuando se trata de iguales, pero no es el caso. Frente a empresas e inversionistas mucho más poderosos hay que buscar un trato diferenciado, que sus inversiones apoyen el desarrollo nacional.

En conclusión, al cancelar los requisitos de desempeño (artículo 1106 del capítulo XI del TLCAN) se renuncia a exigir transferencia de tecnología, reinversión al menos parcial de las ganancias, balanza comercial equilibrada, dar preferencia a insumos producidos en el país o un porcentaje de contenido nacional. Todas estas facultades en materia de regulación de inversiones, que de manera genérica están establecidas en los artículos 25 y 26 de la Constitución y de manera explícita en el 73 constitucional, fracción XXIX-F (donde se faculta al Congreso para: “expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera”), permitirían aminorar las asimetrías y apoyar el desarrollo nacional. En lugar de ello los negociadores de los tratados se guiaron sólo por el interés de atraer inversión en montos crecientes, de ser competitivos en la atracción de dicha inversión y se cancela su regulación.

### 3. *Transferencias*

La libre transferencia de recursos ha sido una exigencia de las corporaciones extranjeras, y con los tratados de libre comercio prácticamente desaparece toda barrera en dicho sentido. En el TLCAN, al obligarse México a permitir la libre transferencia en divisas, está renunciando a la posibilidad de control de cambios. No se protege a la nación contra la volatilidad de las inversiones bursátiles.

El artículo 1109 del TLCAN legisla que cada una de las partes debe permitir la libre transferencia de cualquier dinero relacionado con la inversión. Enlista detalladamente todo lo que se puede transferir libremente. El Estado receptor debe permitir transferencias en divisas de libre uso y al tipo de cambio de mercado. Sin embargo, a la vez, ninguno de los Estados debe exigir a sus nacionales con inversiones en otro país miembro del TLCAN algún tipo de transferencia. En otras palabras debe haber libre circulación de capitales.

En el caso del TLCUE se adoptaron las medidas para la supresión progresiva de las restricciones respecto a los movimientos de capital y de pagos, así como la prohibición para “introducir nuevas restricciones”. La prohibición expresa para imponer nuevas restricciones va más allá de lo contenido en el artículo 1o., inciso e, del Código de Liberalización de la OCDE.<sup>1</sup>

Todo esto es contrario al espíritu de regulación y control que tuvo nuestra legislación en la materia, y que incluso mantiene la actual Ley de Inversión Extranjera (LIE), que sustituyó la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera (LMIE).

La revisión de las restricciones establecidas a la inversión foránea tratándose de actividades reservadas al Estado o a mexicanos, así como en actividades donde se permite la inversión extranjera en forma minoritaria o por encima del 49% previa autorización, aquéllas en que se dan en forma automática y al 100%, y el examen de la participación foránea de acuerdo con las actividades contempladas en la Clasificación Mexicana de Actividades y Productos del INEGI, nos permite apreciar que hasta los años ochenta la IED estaba destinada fundamentalmente a la actividad productiva. En cambio, con la liberalización comercial se ha incrementado la inversión foránea en el sector financiero.

Por otro lado, en el TLCUE se incluyen disposiciones que restringen la aplicación de normas regulatorias. De esta manera, sólo en circunstancias excepcionales y ante el daño o la amenaza de ocasionar dificultades en las políticas cambiaria y monetaria se podrán aplicar salvaguardas que sean estrictamente necesarias y por un periodo no mayor a seis meses. Además, se prohíbe afectar la liquidación y transferencia al exterior de cualquier inversión directa y ganancia derivada de la misma (artículo 32, Transferencias).

En el caso de dificultades en balanza de pagos (artículo 31), se permitirá imponer medidas restrictivas, siempre y cuando sean equitativas, no discriminatorias, de buena fe, de duración limitada y que nunca vayan más allá de lo necesario para remediar la contingencia con respecto a pagos, incluyendo transferencias de montos por concepto de la liquidación total o parcial de la inversión directa.

<sup>1</sup> “Los miembros evitarán introducir cualquier nueva restricción en los tipos de cambio, en los movimientos de capital o en los fondos propiedad de no residentes, y evitarán hacer más restrictivas las regulaciones existentes”.

En los casos mencionados se deberá informar de inmediato sobre las medidas adoptadas y presentar un calendario para su eliminación. Para el caso de crisis de balanza de pagos, las medidas que se apliquen deberán estar de acuerdo con otras obligaciones internacionales, incluyendo aquéllas contempladas en el Acuerdo de Marrakech de la OMC y los artículos constitutivos del FMI.

Resulta cuestionable la adopción de compromisos que so pretexto de promover, admitir y proteger la inversión extranjera restrinjan las posibilidades de reformar el régimen de movimientos de capital y de pagos. Más aún, el TLCUE afirma en su artículo 35 que: “Con el objetivo de la liberalización progresiva de la inversión, México y la Comunidad y sus Estados Miembros, confirman su compromiso de revisar el marco jurídico de inversión, el clima de inversión y los flujos de inversión en sus territorios, de conformidad con sus compromisos en acuerdos internacionales de inversión, en un tiempo no mayor a tres años”.

Sobra decir que con ello el Ejecutivo federal está invadiendo facultades del Congreso de la Unión en materia de política económica, además de restringir las posibilidades para que un gobierno diferente al neoliberal pueda realizar cambios al marco legal con objeto de promover la inversión mexicana, sea nacional o local, en condiciones diferenciales a la extranjera.

En resumen, a través de los tratados de libre comercio México se compromete a no establecer regulaciones, controles, obligaciones y códigos de conducta al capital extranjero. Con esto se establece un código de liberalización de los movimientos de capitales. Esto significa cancelar facultades nacionales del control de flujos especulativos que tanto daño han hecho a México y a otros países de Asia, América Latina y el Caribe golpeados por crisis cambiarias y bursátiles. Además, se renuncia a regular bajo criterios de sustentabilidad, desarrollo regional y social a la inversión extranjera.

#### 4. *Expropiaciones*

En los tratados de libre comercio se incluye la prohibición de expropiar, nacionalizar o tomar medidas que “directa o indirectamente” tengan efectos equivalentes, salvo el aspecto contemplado en nuestra legislación, por causas de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias, con apego a un debido proceso legal y previa indemnización.

La expresión “medidas que directa o indirectamente tengan efecto de expropiación o nacionalización”, no contemplada en nuestro marco jurídico, le permite a la empresa e inversionistas extranjeros demandar al gobierno mexicano o autoridades locales por medidas gubernamentales que sean consideradas, sin clarificar por quién, causal de pérdida de una inversión en operación; pero incluso se va más allá al comprender la definición de “expropiación” como la mera oportunidad de perder ganancias futuras sobre una inversión en proyecto.

Respecto a las indemnizaciones, éstas deben ser a valor de mercado inmediato anterior a la fecha de hacerse pública la expropiación, nacionalización o medida equivalente efectiva o inminente. La indemnización debe darse sin demora a valor comercial, y en caso contrario se devengarán intereses hasta la fecha de pago a una tasa comercial normal; la indemnización deberá ser liquidable y libremente transferible. También se establece la obligación de que a más tardar en el momento de cualquier medida gubernamental deberán tomarse disposiciones adecuadas para fijar y satisfacer la indemnización. Finalmente se dispone que la legalidad de las medidas con carácter expropiatorio y de nacionalización será revisada mediante un debido procedimiento legal.

Las garantías mencionadas, ya de por sí en extremo bondadosas para la empresa y el inversionista extranjero, son adicionadas con otras disposiciones más restrictivas. Además el valor de mercado no debe reflejar cambio alguno por virtud de que la intención de expropiar o nacionalizar se haya conocido con anterioridad. Los criterios de evaluación incluirán, entre otros: capital invertido, valor de remplazo, plusvalía, ingresos corrientes, prestigio y clientela (*goodwill*).

Al inversionista extranjero se le asegura el pago a precios de mercado y no a su valor catastral o fiscal, lo que es superior a lo que establece la legislación mexicana. Además se protege de las fluctuaciones monetarias o devaluaciones ya que el pago es en equivalencia a una moneda del grupo de los siete.

Hay que subrayar que un ciudadano mexicano no tiene estas ventajas. El artículo 20 de la Ley de Expropiación establece el término de un año para indemnizar en caso de expropiación y tiene que ser en moneda nacional. Además, en ninguna parte de la ley se establece que ante la demora del pago de la indemnización se pagarán intereses. La falta de igualdad entre inversionistas extranjeros y nacionales viola nuestras garantías individua-

les, en especial los artículos constitucionales 13, 17 y 27, este último en su fracción I contiene la Cláusula Calvo. Aunque se justifique esta violación a las garantías individuales con la llamada reciprocidad internacional, en el artículo 29 de nuestro máximo ordenamiento no se señala en ningún sentido una excepción de tal naturaleza a las mismas.

La expropiación es un acto soberano de la nación que en casos especiales, como el de llenar una función social, puede realizarse ajustándolo a la Ley de Expropiación y a la jurisprudencia citada. Si un acuerdo internacional establece lo contrario viola la Constitución.

El artículo 25 de la Constitución otorga al Estado la rectoría del desarrollo nacional con el fin de lograr diversos objetivos: que sea integral, que fortalezca la soberanía de la nación y el régimen democrático, entre otros. Para lograrlo el Estado planeará, conducirá, coordinará, orientará la actividad económica nacional, y llevará a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general.

Con las normas establecidas en los tratados comerciales, las actividades económicas exclusivas del Estado se abandonan al libre juego del mercado con menoscabo de la seguridad y soberanía nacional; el apoyo e impulso de los sectores social y privado, tal como lo establece el mismo artículo 25 constitucional, se convierten en prácticas prohibidas por el llamado trato nacional. Se pretende, además, que a la inversión extranjera no se le apliquen las leyes emanadas del Congreso de la Unión. También se busca cancelar facultades del Estado mexicano, establecidas en el artículo 25 constitucional, para alentar y promover los sectores social y privado de la economía, que tienen su contraparte en el artículo 73, fracciones XXIX-D y XXIX-E, en lo que respecta a la planeación económica y a la concertación, programación, promoción y ejecución de acciones de orden económico.

## 5. Reflexiones

Como se observa, en los tratados de libre comercio se otorga la máxima protección a intereses extranjeros, lo que significa libertad plena a los flujos de inversiones extranjeras, entre ellas, las de carácter especulativo, sin asumir compromiso alguno con el desarrollo nacional y exigiendo plenas garantías y derechos. Muchos de los grandes inversionistas extranjeros han dado cuenta de sus pretensiones de adueñarse de activos nacionales estratégicos relacionados con la actividad petrolera, eléctrica, telecomunicacio-

nes, finanzas, entre otras. Violando la soberanía de México, de manera directa están presionando a nuestro país para que acelere el proceso de privatización.

Los términos acordados en el tema de movimientos de capital y pagos de los tratados comerciales abonan al agravamiento de diversos problemas, lo que se traduce en una mayor inestabilidad del crecimiento económico, vulnerabilidad financiera y cambiaria, ampliación de desigualdades regionales, sectoriales y productivas, concentración de riqueza e ingreso, deterioro del medio ambiente, de las condiciones de vida y del trabajo de la población.

No hay mecanismos en los tratados de libre comercio para que la inversión extranjera sea palanca para la modernización de la planta productiva nacional. No se puede exigir que transfiera determinada tecnología en términos favorables para el país (por ejemplo en cuanto a que utilice insumos abundantes en nuestro territorio o que no agudice la dependencia de tecnologías no accesibles). A ello hay que sumar lo que se acuerda en el capítulo XVII sobre propiedad intelectual que sólo promueve su defensa sin la compensación para los países de menor desarrollo de facilitar su transferencia. De hecho el capítulo sobre propiedad intelectual hace más difícil para el país acceder a la tecnología de punta.

Estos tratados no contienen mecanismos para evitar que los inversionistas extranjeros agudicen el déficit de nuestra balanza comercial o puedan ser usados especulativamente en la Bolsa de Valores para desestabilizar nuestra economía. La competencia por atraer inversiones foráneas, la necesidad imperiosa de éstas, originada en el modelo de desarrollo en curso, llevaron a nuestros negociadores a concesiones mucho más allá de lo conveniente: se renuncia a regularlas, se abandonó la posibilidad de imponer condiciones que las hagan jugar un papel de apoyo al desarrollo nacional.

La Constitución y la ley facultan a nuestro país a decidir libremente sobre las inversiones extranjeras.

Los tratados de libre comercio, al limitar la posibilidad soberana del Estado de regular la inversión extranjera, restringen el papel que la Constitución le marca de ser rector de la economía. Al hacer extensivos a los inversionistas extranjeros los incentivos o promociones que se den a los nacionales, se limita el margen de actuación del Estado como promotor, impulsor y apoyo de la inversión nacional. Incluso se elimina la posibilidad de políticas selectivas de tipo regional, ya que todo privilegio o incen-

tivo que una región o estado dé a inversionistas nacionales en su territorio, lo tiene que hacer extensivo a los inversionistas extranjeros.

La Constitución habla expresamente de regular la inversión extranjera, y los tratados de libre comercio impiden la regulación de ésta en nuestro territorio. La Constitución distingue la inversión mexicana de la extranjera, y el “trato nacional” pactado en el TLCAN y el TLCUE suprime dicha distinción. Por ello afirmamos que lo pactado en este capítulo de inversiones y particularmente el trato nacional, y los requisitos de desempeño de ambos tratados, violan la Constitución ya que limitan las facultades del Congreso de la Unión para dictar leyes en la materia.

Se invierte el espíritu y la letra de la carta magna. Con los tratados de libre comercio se desregula la inversión extranjera como una forma de promoverla. Se fomenta la inversión aunque en los hechos se renuncia a regularla, a orientarla.

El respeto y aplicación del sistema legal mexicano es uno de los elementos constitutivos de la soberanía, reconocido por el derecho internacional. La independencia nacional es irrenunciable y, tal como lo establece el artículo 133 de la Constitución, los acuerdos y tratados internacionales que no estén acordes con lo dispuesto en la carta magna son nulos de pleno derecho y en consecuencia no deben ser ratificados por el Senado de la República. Además, viola la denominada Cláusula Calvo que ha sido norma de la política exterior de México y prohíbe a las empresas extranjeras invocar la protección de sus gobiernos y las obliga a respetar el orden jurídico nacional. No podemos reeditar esquemas decimonónicos de carácter leonino que violenten nuestra integridad como nación soberana.

Esto riñe con el artículo 32, último párrafo, de la Constitución que dispone que: “Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones del gobierno en los que no sea indispensable la calidad de ciudadano”.

La cláusula Calvo que el Congreso Constituyente de 1917 incorporó a plenitud, fue interpretada por el presidente Venustiano Carranza, en su segundo informe de gobierno, en el sentido de:

Que ningún individuo debe pretender una situación mejor que la de los ciudadanos del país a donde va a establecerse, ni hacer de su calidad de extranjero un título de protección y de privilegio. Nacionales y extranjeros deben ser iguales ante la soberanía del país en que se encuentran y final-

mente, que las legislaciones deben ser uniformes e iguales en lo posible, sin establecer distinciones por causa de nacionalidad excepto en lo referente al ejercicio de la soberanía.

## II. ACUERDOS PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES

Los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRIs) surgieron en los años sesenta, pero no es sino hasta la década pasada, cuando el neoliberalismo se arraiga en casi todos los países del mundo, que tienen un crecimiento exponencial. De esta manera, en tan sólo ocho años, de 1990 a 1998, los APPRIs pasaron de ser menos de 400 a 1,726; hoy existen probablemente más de 2000. Adicionalmente, han sido crecientes las reformas para modificar las legislaciones en materia de inversión extranjera. En la década pasada, por ejemplo, se registraron cambios en más de 60 países, de los cuales el 94% estaban orientados a crear condiciones favorables a la inversión extranjera. Asimismo, se contabilizaron 1,871 tratados para evitar la doble tributación en beneficio de las multinacionales.

En el caso de México, a partir del TLCAN (1994) se han incluido capítulos de inversión en los tratados de libre comercio y de 1995 a la fecha más de 30 APPRIs han sido ratificados por el Senado de la República.

Un examen detallado de los APPRIs nos permite concluir que éstos son contrarios a la soberanía, afectan el interés nacional y representan un retroceso en el ámbito de las relaciones internacionales y el respeto a las garantías individuales de los mexicanos.

Los APPRIs, como los capítulos de inversiones del TLCAN y el TLCUEM, están acentuando los impactos más negativos de la liberalización de inversiones como las recurrentes crisis financieras y cambiarias, la fragilidad e inestabilidad del crecimiento económico, la desnacionalización y desarticulación de la planta productiva nacional, la ampliación de desigualdades regionales y productivas, la concentración de la riqueza y del ingreso, el deterioro del medio ambiente y las condiciones de trabajo y de vida de la población.

Las empresas transnacionales y los grandes inversionistas son los principales beneficiarios de este tipo de desregulación y liberalización, y de la eliminación de controles y regulaciones al capital. Los APPRIs im-

piden la instrumentación de políticas de fomento económico y desarrollo industrial y regional vinculadas al tratamiento de la inversión extranjera. Es más, las prohíben de manera expresa.

De esta manera, los APPRs son contrarios a nuestra soberanía, afectan el interés nacional y representan un retroceso en el ámbito de las relaciones internacionales, así como en el de las garantías individuales. Los beneficios que traen consigo mediante procesos de desregulación y liberalización derivan hacia las corporaciones transnacionales y los grandes inversionistas.

En el plano internacional se han multiplicado los pronunciamientos y las acciones de rechazo a la pretensión de los grandes inversionistas y de las empresas transnacionales que por la vía bilateral, regional o multilateral quieren acuerdos que les otorgan plenos derechos y nulas obligaciones e imponen serias restricciones a la conducción soberana del desarrollo económico.

Es claro que en los mecanismos que se contemplan en los APPRIs se encuentran postulados que limitan la soberanía de los Estados.

Es preocupante que ante un asunto de indiscutible relevancia, en el Senado de la República no se realice un debate plural y republicano que permita evaluar las consecuencias de estos acuerdos. No concordamos con la falta de rigor legislativo con que grupos parlamentarios como los del Partido Revolucionario Institucional y el Partido Acción Nacional han aprobado los APPRIs.

Hasta ahora la Constitución mexicana otorga al gobierno el derecho y la capacidad de realizar expropiaciones en casos muy específicos, pero de ninguna manera establece la obligación absoluta de pagar indemnizaciones inmediatas. Al aceptar esta obligación en los APPRIs se violó la Constitución. Nuestra carta magna pone especial énfasis en la preeminencia de la normativa nacional.

El principio de la libertad de transferencias planteado en los APPRIs protege al inversionista contra riesgos de suspensión o prohibición de transferencia de capitales, ingresos de las inversiones, intereses de crédito, o cualquier otro de los productos de una liquidación parcial o total de la inversión, así como de indemnidad, desposesión o pérdida. El principio de libre transferencia incluye igualmente las ganancias y otra remuneración del personal comprometidas en el extranjero para las necesidades de su inversión. En caso grave de desequilibrio o de amenaza de desequilibrio en la balanza de pagos, cada una de las partes contratantes puede aplicar tempo-

ralmente excepciones a las transferencias, siempre y cuando la parte contratante involucrada ponga en marcha medidas o un programa que satisfagan los criterios del FMI.

Lo que en realidad hay detrás de todo esto es que, en caso de una crisis financiera en nuestro país como la de 1994, el gobierno mexicano tendrá una posibilidad sumamente limitada de restringir las transferencias de capitales.

Por otra parte, los APPRIS, como el TLCUEM y el TLCAN, privilegian el contenido de los Códigos de Liberalización y el Instrumento de Trato Nacional de la OCDE, el Acuerdo de Marrakech por el que se crea la OMC, los artículos constitutivos del FMI y los acuerdos destinados a evitar la doble tributación. El riesgo que conllevan estas adhesiones sin las reservas constitucionales adecuadas, consiste en que la remisión a otros instrumentos internacionales trae consigo una laguna jurídica de graves consecuencias, toda vez que no se define la prevalencia de un instrumento sobre otro en la eventualidad de un conflicto, ni se fundamentaron las reservas legales y constitucionales con apego a nuestro marco jurídico sobre inversión.

En el Anexo del Código de Liberalización de Movimientos de Capital de la OCDE se considera que la inversión directa es aquella que crea relaciones perdurables y tiene influencia sobre la administración. Se consideran formas de inversión directa: la adquisición completa de una empresa existente, la creación o extensión de una empresa, una subsidiaria o rama, la participación en una empresa nueva o existente y un préstamo por cinco años o más. Pero la definición es aún ambigua y por lo tanto allana el arribo de capitales especulativos o de escaso o nulo compromiso con el desarrollo nacional, acentuando los impactos más negativos de la eliminación del control y regulaciones al capital.

Todos esos efectos podrían minimizarse a través del reconocimiento de que nuestra condición económica no tiene el mismo nivel que el de las economías industrializadas en su conjunto y que, en razón de ello, existen algunos mecanismos para revertir los daños previstos en la propia OMC. Para naciones en desarrollo como la nuestra, los APPRIS impiden la instrumentación de políticas de fomento económico y desarrollo industrial vinculadas a la regulación de la inversión extranjera.

## 1. *Definición de inversión*

En los APPRI existen dos niveles de protección: uno general que abarca “toda clase de activos, tales como bienes, derechos e intereses de toda naturaleza, incluyendo derechos de propiedad”, y el particular que incluye:

- a) Bienes muebles e inmuebles, adquiridos o utilizados con el fin de obtener un beneficio económico o con otros propósitos comerciales, así como cualesquiera otros derechos reales, tales como hipotecas, gravámenes, usufructos, derechos de prenda y derechos análogos.
- b) Acciones, dividendos y otras formas de participación, incluyendo formas de participación minoritaria o indirecta, en sociedades constituidas en el territorio de una de las partes contratantes.
- c) Títulos de crédito o instrumentos de deuda o cualquier derecho sobre prestaciones que tengan un valor económico.
- d) Derechos de propiedad intelectual, comercial e industrial, tales como derechos de autor, patentes, licencias, marcas, maquetas, modelos industriales y procedimientos técnicos, nombres comerciales, prestigio y clientela.
- e) Derechos derivados de cualquier forma de concesión otorgada bajo cualquier medio legal.

La protección a inversiones foráneas en capital especulativo está plasmada en los APPRI en las reglas sobre regalías de las inversiones. En los acuerdos se denominan “rentas” e incluso en su reinversión sí gozarán de la misma protección que la inversión. Se excluyen del concepto de inversión los créditos de financiamiento a actividades comerciales u otros créditos con duración inferior a tres años, así como los créditos otorgados al Estado o a una empresa del Estado.

En los APPRI el término “territorio” significa el territorio de cada una de las partes contratantes. El término “zona marítima” designa la zona económica exclusiva y la plataforma continental que se extienden más allá del mar territorial de cada una de las partes contratantes sobre el que ejerzan derechos soberanos o jurisdicción en virtud del derecho internacional. En este caso se establece respeto al ordenamiento legal positivo en el plano internacional, pero ¿qué sucede cuando se apela al mismo con objeto de reivindicar y defender los derechos de los trabajadores o los sectores de la sociedad que padecen las consecuencias negativas de la liberalización de capitales?

Además, constitucionalmente existen restricciones a la zona geográfica donde se quiera instalar la inversión; esto se establece en el artículo 27, fracción I y en la actual Ley de Inversión Extranjera en su artículo 2o., párrafo VI. Sin embargo, en los APPRIS no se incorpora de manera expresa la restricción constitucional en el sentido de que: “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.”

## 2. *Ámbito de aplicación del acuerdo*

Los APPRIS aprobados son retroactivos. No sólo protegen las inversiones que se hagan a partir de la fecha que sea vigente, sino que además se protegen las que ya se realizaron. No hay razón de que se amplíe la protección a inversiones pasadas aunque se hayan hecho “de conformidad con la legislación de la Parte Contratante en el territorio o en la zona marítima donde son realizadas las inversiones”.

## 3. *Protección y tratamiento de inversiones*

Los términos de nación más favorecida y de trato nacional, que permean los tratados de libre comercio, aparecen en los APPRIS mediante un título más sutil. En estos acuerdos se manifiestan como “un trato justo y equitativo de conformidad con los principios del derecho internacional”, en el que, por cierto, sólo son válidos los actos que se ejecutan de buena fe (*pacta sunt servanda*).

El trato nacional no impide facilitar información, aunque sólo para propósitos estadísticos; no se extiende a los privilegios otorgados por una de las partes a inversionistas de un tercer Estado en virtud de asociación en una zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común o cualquier otra forma de organización económica regional. En términos prácticos estaríamos hablando de Estados Unidos, Canadá o los catorce países restantes de la UE.

## 4. *Expropiación e indemnización*

Si el tratamiento dispuesto en los APPRIS por lo que respecta a expropiación fuera congruente con nuestra legislación, bastaría un enunciado en

el que se asentara que ésta se hará de acuerdo con su legislación. En realidad se otorga trato especial al inversionista, lo cual viola las garantías individuales al conceder más derechos a los inversionistas extranjeros que a los ciudadanos nacionales.

Está la prohibición de expropiar, nacionalizar o tomar medidas que tengan carácter equivalente directa o indirectamente. Esta expresión, no contemplada en nuestro marco jurídico, permite a la empresa o inversionista extranjeros demandar la indemnización ante una medida gubernamental que sea considerada, sin especificar por quién, una causa de pérdida de una inversión en operación e incluso representar una oportunidad de ganancia sobre una inversión en proyecto.

Ya en el marco del capítulo undécimo del TLCAN se han ventilado diversos casos que llaman la atención. Éstos demuestran las restricciones que afectan los poderes reguladores de los gobiernos. Son de especial preocupación por las implicaciones que tienen para la capacidad de los gobiernos de asegurar la salud humana y el cuidado del medio ambiente. También representan un reto enorme al proceso democrático. En varios casos, empresas transnacionales están recurriendo al TLCAN para invalidar los resultados de los fallos de las cortes nacionales y para sortear el proceso normal de litigio civil. Estos casos tienen un efecto inhibitorio sobre la voluntad de los gobiernos, ya sea en el ámbito local, federal, provincial o estatal, para instrumentar nuevas medidas de regulación por temor a ser demandados con base en el articulado del TLCAN y de los APPRIs. Canadá, por ejemplo, ha propuesto negociar un acuerdo con Estados Unidos y México para limitar el alcance del capítulo sobre inversiones del TLCAN y para hacer más transparentes y más congruentes los procedimientos de arbitraje de controversias entre inversionistas y Estados con los procedimientos jurídicos nacionales. El Ministerio de Comercio de Canadá planteaba la necesidad de que los tres países adoptaran una interpretación conjunta de la cláusula de expropiación contenida en el artículo 1110 del acuerdo comercial, de modo que quede claro que el término expropiación no se aplica al accionar normal de reglamentación de los gobiernos o de los órganos legislativos.

Respecto a la indemnización, en los APPRIs se establece que será equivalente al valor justo de mercado o, a falta de dicho valor, al valor real que tenga la inversión expropiada o nacionalizada inmediatamente antes de que la expropiación o la nacionalización se haya llevado a cabo y no refle-

jará cambio alguno en su valor debido a que la intención de expropiar haya sido conocida con anterioridad a la fecha de la expropiación. Además

los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo, incluyendo el valor fiscal declarado de la propiedad de bienes tangibles, y otros criterios que según las circunstancias resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado. La mencionada indemnización, su importe y sus condiciones de pago, se establecerán a más tardar el día de la desposesión. Hasta la fecha de pago, la indemnización producirá intereses calculados a la tasa de interés comercial aplicable.

La libre transferencia de la indemnización es otro principio a seguir, aunque no se aplica únicamente a la indemnización sino también a:

- a) Intereses, dividendos, ganancias y otros ingresos corrientes.
- b) Pagos derivados de derechos (propiedad intelectual o cualquier forma de concesión).
- c) Pagos realizados en virtud de amortizaciones de préstamos que hayan sido contratados regularmente.
- d) El valor de la liquidación total o parcial o disposición de la inversión, incluyendo las ganancias del capital sobre el capital invertido.
- e) Las ganancias y otras remuneraciones del personal contratado del exterior en relación con una inversión.

## 5. *Solución de controversias*

Sólo puede decirse que estos acuerdos son contrarios al interés nacional pues están otorgando facultades al inversionista extranjero para desafiar y enjuiciar al Estado mexicano, como Estado receptor de inversiones, ante tribunales internacionales. Este es un hecho muy grave, pues concede al inversionista extranjero un régimen preferente, lo sustrae de la jurisdicción nacional para resolver controversias con México y, sin establecer la obligación de agotar los procedimientos jurídicos nacionales, faculta a las corporaciones extranjeras a recurrir directamente al arbitraje internacional, cuyas resoluciones son obligatorias para nuestro país anulando facultades sustantivas de la Suprema Corte de Justicia. Esto cancela la vigencia del orden jurídico del país y lo deroga en beneficio de los inversionistas extranjeros.

Los APPRI, al conceder a los inversionistas extranjeros y corporaciones transnacionales facultades para litigar en contra de un Estado, no sólo les están reconociendo los mismos derechos y *status* legal que a los gobiernos soberanos, sino que incluso no se contempla la posibilidad de que un Estado entable una demanda en contra de un inversionista.

La desigualdad entre inversionistas extranjeros y nacionales viola las garantías individuales contenidas en los artículos 13, 17 y 27, fracción I, de nuestra carta magna. En este último se contiene la Cláusula Calvo, que ha constituido una norma de política exterior de nuestro país al prohibir a las empresas extranjeras invocar la protección de sus gobiernos y les obliga a respetar el orden jurídico nacional. Aunque se justifique esta violación a las garantías individuales con la llamada reciprocidad internacional, en el artículo 29 de nuestro máximo ordenamiento no se señala, en ningún sentido, una excepción de tal naturaleza a las mismas.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reafirma lo anterior al señalar un caso de excepción que no se ajusta a lo establecido en los acuerdos en comento:

EXPROPIACIÓN. Casos en que la indemnización puede no ser pagada inmediatamente: Cuando el Estado expropie con el propósito de llenar la función social de urgente realización, y sus condiciones económicas no permitan el pago inmediato de la indemnización, como debe hacerse en los demás casos, puede constitucionalmente, ordenar dicho pago dentro de las posibilidades del erario.<sup>2</sup>

En los APPRI existe una contradicción con las facultades legisladoras del Estado a través del Congreso de la Unión. La Cámara de Senadores es la única facultada por la Constitución Política para aprobar tratados y convenios internacionales, aún los de inversiones. Con los APPRI, el Congreso de la Unión pierde la facultad enmarcada en el artículo 73, fracción XXIX-F, en lo que se refiere a la expedición de “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.” A la inversión recibida de los países firmantes de estos acuerdos no se le aplican las

<sup>2</sup> Jurisprudencia 62 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, 1917-1995.

leyes dimanadas del Congreso de la Unión. La colegisladora Cámara de Diputados no participa de la facultad constitucional establecida a su favor. También se aplica esta restricción en lo referente a las facultades, establecidas en el artículo 25 constitucional, de leyes que tienen el fin de facilitar mecanismos, alentar y promover a los sectores social y privado de la economía, que tienen su contraparte en el artículo 73, fracciones XXIX-D y XXIX-E, en lo que respecta a planeación económica y a la concertación, programación, promoción y ejecución de acciones de orden económico.

Algunos autores justifican estas violaciones a las garantías individuales y a disposiciones orgánicas de la Constitución con la llamada reciprocidad internacional, que supone que nosotros damos ventajas a los extranjeros y éstos a su vez nos dan las mismas en sus territorios. Esto es una suspensión de las garantías que en el artículo 29 de nuestro máximo ordenamiento jurídico no se señala como causa.

### III. ACUERDO MULTILATERAL DE INVERSIONES (AMI)

Durante los últimos años, los países del Norte han aumentado sus esfuerzos para formular un Acuerdo Multilateral de Inversiones que restrinja aún más el poder de los países para controlar las IED y posiblemente las inversiones de cartera.

Inicialmente este acuerdo se buscó a través de la OCDE. Sin embargo, ante la fuerte oposición que despertó, principalmente de Francia, el AMI fue abortado en el marco de la OCDE en 1998.

Testimonio del rechazo contra el AMI en el ámbito legislativo es el hecho de que el 11 de marzo de 1998 el Parlamento Europeo emitió una resolución en la que observó un notorio desequilibrio entre las garantías que se les confieren a los inversionistas y las obligaciones de los gobiernos en el proyecto AMI de la OCDE. Asimismo, criticó la omisión de referencias a los beneficios que la inversión extranjera debería canalizar a los países receptores y cuestionó el que se negocie en secreto. Paralelamente, recomendó la realización de un debate público y solicitó que el AMI respetara los acuerdos internacionales sobre medio ambiente, desarrollo social, protección al consumidor, y derechos sociales y humanos en general.

En la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo, realizada en Estrasburgo, Francia, el 22 de septiembre de 1998, se consideró que el AMI deberá incorporar mecanismos efectivos para preservar las culturas

de diferentes países y sostener el progreso hacia la aplicación de estándares laborales, ambientales y sociales. También exigió la regulación de los movimientos de capitales de corto plazo y promover los flujos a largo plazo. Otro asunto relevante deriva en que los procedimientos para resolver disputas deberán ser abiertos, accesibles y transparentes. Adicionalmente, asentó que cualquier provisión para el arbitraje debe salvaguardar el derecho de los gobiernos de actuar con propósitos públicos legítimos, es decir, tendrán que ser nítidamente definidas en el AMI las razones de lo que pueda constituir expropiación u otros motivos para cualquier inversionista que tenga la osadía de retar leyes y reglamentos gubernamentales.

La Asamblea ampliada reiteró su llamado (en la Resolución 1134 del año 1997) a que el proceso de negociación sea lo más transparente y democrático, e involucre a los parlamentos nacionales en un grado mayor al mostrado hasta hoy. Del mismo modo, pide a la OCDE tomar en cuenta las preocupaciones de los Estados miembros y de las organizaciones no gubernamentales en lo que toca a un comportamiento socialmente responsable, altos niveles ambientales y laborales, y objetivos culturales nacionales. Se indicó que los tratados de libre comercio también podrán afectar la migración, por lo que se recomienda tomar en cuenta las implicaciones del tema que en el AMI pudieran surgir.

Cabe resaltar que, en el ámbito social, las acciones de rechazo contra el AMI fueron llevadas a cabo por más de 600 organizaciones de 67 países de Latinoamérica y el Caribe, Europa, Estados Unidos, Canadá y Asia. Dichas organizaciones, que incluyen a más de 30 mexicanas, desarrollaron una campaña internacional de educación y difusión masiva, logrando una vasta respuesta social en contra de los acuerdos comerciales y de inversión con agenda corporativa que vulneran la soberanía, la autodeterminación nacional y el bienestar de las mayorías. El apoyo conseguido de pequeños productores, agricultores, organizaciones civiles, feministas, ambientalistas, gobiernos locales y sindicalistas permitió que el cabildeo tuviera éxito, realizado en París —sede de la OCDE— y con algunos gobiernos nacionales, a fin de impedir la liberalización total sobre el flujo de inversiones. Uno de los reflejos más significativos de esta conquista de la sociedad civil fue que el gobierno francés, en voz de su entonces primer ministro, Lionel Jospin, anunciara el retiro de su país de las negociaciones que concretarían el AMI.

Ante el fracaso de las negociaciones clandestinas en la OCDE, las élites del poder económico y político han buscado caminos alternativos. Un claro ejemplo de este proceder es la multiplicación de APPRIS en todo el mundo.

Otra vía por la cual se pretende imponer un acuerdo multilateral de inversiones es la Organización Mundial de Comercio. Muchos países se preguntan si la OMC es el foro apropiado para un acuerdo sobre inversiones, y arguyen que la aplicación de los principios de trato nacional y nación más favorecida puede ser útil para el comercio de bienes, pero serían inapropiados y no deben ampliarse a las inversiones, ya que son un área totalmente distinta.

En la realidad, los defensores de un acuerdo de inversiones en el marco de la OMC pretenden que se fijen normas internacionales obligatorias que le otorguen a los inversionistas extranjeros el derecho a entrar a un país sin condiciones ni regulaciones, para poder operar sin tener que atenerse a las exigencias hoy todavía existentes y que se les brinde un “trato nacional”. Los principios de no discriminación y trato nacional fueron creados en el contexto del comercio de bienes. Son inadecuados para las inversiones. Cuando se aplica el trato nacional antes de concretar una inversión, los países en desarrollo no pueden controlar la entrada de inversores extranjeros y los tipos de inversión. Y si se aplica el trato nacional una vez concretada ésta, también se le impide al gobierno anfitrión dar un trato preferencial a las empresas nacionales, o canalizar la inversión extranjera hacia las direcciones deseadas.

Si el “alcance y la definición” de un acuerdo van más allá de la inversión extranjera directa (que es en lo que insiste Estados Unidos), hay consecuencias aún más graves para la estabilidad financiera, ya que se abre camino a otras formas más volátiles y dañinas de inversión e inversores que pueden entrar a un país y operar con menos regulaciones. Esto podría incluir inversiones de cartera, créditos y fondos de inversión.

También se puede esperar una prohibición o limitación de los requisitos (por ejemplo, restricción de la tenencia de acciones, obligación de transferencia de tecnología, orientación de la exportación, ubicación geográfica, etcétera) y la restricción del movimiento de fondos, si se llega a un acuerdo multilateral de inversiones. Los inversionistas extranjeros tendrían libertad para transferir fondos hacia dentro y fuera del país sin limitaciones y habría normas estrictas para proteger sus derechos, por ejemplo, en relación con la

“expropiación” de propiedades (se podría dar una definición amplia de “expropiación”: la experiencia del TLCAN es un ejemplo notable).

Un acuerdo internacional sobre normas de inversión de este tipo sólo sirve para multiplicar los derechos de los inversionistas, pero reduce la autoridad, los derechos y el espacio político de los gobiernos del mundo en desarrollo. Esto tiene consecuencias graves para la toma de decisiones políticas en las esferas económica, social y política, y afecta la capacidad para planificar con relación a la participación local y la propiedad, equilibrando la posesión de acciones entre extranjeros y empresarios nacionales, así como entre las comunidades locales, la capacidad para dar apoyo a las empresas nacionales, y la necesidad de cuidar la balanza de pagos y el nivel de las reservas en moneda extranjera. También terminaría debilitando la posición de los gobiernos a la hora de las negociaciones con los acreedores e inversionistas extranjeros (incluso los inversores de cartera).

En lugar de un acuerdo de la OMC sobre inversiones, la comunidad internacional debería respaldar el establecimiento de un marco regulatorio internacional, con carácter obligatorio, para las empresas multinacionales. Ese marco debería fortalecer la capacidad de los países en desarrollo para administrar las inversiones extranjeras.

#### IV. CONCLUSIONES

1) La inversión extranjera debe ser regulada por el Estado precisamente para que juegue un papel positivo en el desarrollo nacional. Sin embargo, regulación no quiere decir trabas burocráticas, tampoco proteccionismo de ineficiencias y falta de calidad. Quiere decir orientar, incentivar, crear condiciones para que haya ganancias razonables que a la vez cooperen con el desarrollo nacional. Deben plantearse mecanismos para que la inversión extranjera tenga un efecto de arrastre sobre el resto de la economía con la consiguiente generación de empleos indirectos. No proponemos mecanismos proteccionistas de ineficiencias al obligar a inversionistas a comprar en el país lo que sea más caro o de menor calidad, pero deben buscarse mecanismos o incentivos para que en los hechos se surtan en proporciones crecientes en el país receptor. Un mecanismo, entre otros, pueden ser reglas de origen con contenido nacional y no sólo regional como estipula el TLCAN. Deben canalizarse prioritariamente a sectores productivos y no sólo a la especulación bursátil.

2) La inversión extranjera orientada y regulada puede ser un instrumento para ir disminuyendo las asimetrías existentes entre los países. Pero para ello es necesario que las inversiones extranjeras jueguen un papel activo en la creación de las condiciones macroeconómicas favorables y no sólo reciban sus frutos. Al menos deben asociarse al capital nacional y transferir tecnología. Un esquema atractivo es coinversiones en que el inversionista extranjero ponga tecnología y la transfiera, y ello se contabilice como capital aportado.

3) Las políticas de regulación de inversión extranjera no bastan para disminuir las asimetrías existentes entre los países firmantes del TLCAN. Son necesarios acuerdos sobre fondos de fomento, así como fondos compensatorios para los sectores y regiones más afectados por la reestructuración y el ajuste. Además es necesario resolver de raíz el problema de la deuda externa, lo que liberaría fondos propios para fomentar el desarrollo nacional y disminuir las asimetrías.

4) Todo ello implica no otorgar trato nacional. No se puede tratar como iguales a quienes no son iguales.

5) Atraer inversión extranjera como complemento de la nacional supone lograr alianzas internacionales entre los países en desarrollo para evitar una competencia desleal por las inversiones. Además de crear un nuevo contexto mundial que comprenda que la salida es global, que el mundo industrializado no superará sus problemas si no colabora con la elevación y desarrollo integral de su contraparte. Ello no es una utopía irrealizable. Junto con las tendencias neoliberales en el mundo subsisten tendencias en esta dirección. La integración europea parte de este supuesto dentro de su propio bloque. Todo lo anterior es viable, pero supone otro modelo de desarrollo distinto al neoliberal. Ciertamente supone crear condiciones de menor dependencia de dicha inversión. Debemos buscar un modelo de desarrollo posible en el contexto mundial en el que la inversión extranjera sea un complemento del esfuerzo nacional y no una necesidad angustiada para evitar crisis mayores. No es fácil alcanzarlo, pero un modelo de desarrollo con distribución del ingreso y democracia irá creando la fuerza necesaria para triunfar.