

# ARBITRAJE E INVERSIONES EXTRANJERAS

Cipriano Gómez Lara

Agradezco, Lic. Siqueiros, sus amables palabras y también la invitación a la Academia de Arbitraje Comercial Internacional para participar en este Seminario.

Quiero prometer y espero cumplirlo, ser sumamente breve entre otras cosas porque pienso que los aspectos que voy a exponer ante ustedes, hacen referencia a las principales cuestiones de la inversión extranjera.

Muchos de los aspectos del arbitraje que ustedes han estado tratando aquí son otras tantas posibilidades de vinculación entre la problemática de la inversión extranjera, y las posibilidades de su sometimiento al arbitraje.

Quisiera yo, por principio de orden, dividir mi exposición en cuatro partes y después hacer referencia a otros tres puntos que quiero llamar adicionales o accesorios.

Los cuatro puntos a que me referiré serán los siguientes: Primero, una breve consideración sobre la naturaleza de la reglamentación de la inversión extranjera; un segundo punto expuesto muy brevemente será el arbitraje y de su ámbito de aplicación en este campo; y como consecuencia de esos dos primeros enfoques. En tercer lugar hablaré de las relaciones jurídicas entre el Estado receptor de la inversión extranjera y el inversionista extranjero. El cuarto punto se refiere a las relaciones entre ese inversionista extranjero y el posible socio inver-

---

\*Memoria del Cuarto Simposio sobre Arbitraje Mercantil Internacional. Academia de Arbitraje y Comercio Internacional. 1977.

sionista nacional, para ver en este contexto que ubicación podemos dar a los problemas del arbitraje. Finalmente, como cuestiones adicionales o conexas a estos cuatro puntos, me referiré de manera sucinta a algunos problemas que están íntimamente conectados con todo lo anterior.

Una primera referencia, un punto adicional, será el de la prórroga jurisdiccional o prórroga de la competencia y su relación con el arbitraje o su paralelismo. Un segundo punto accesorio adicional es el relativo a la problemática del sometimiento a tribunales y leyes extranjeras, que como ustedes ven ya surgió en la plática del Lic. Alvarez Soberanis. El último punto accesorio que tocaré será la práctica, muy usual en nuestros días, del señalamiento de domicilio en el extranjero y de representantes en el extranjero para efectos del emplazamiento a juicio o del llamamiento también a juicio arbitral.

En ese orden, pues, inicio la exposición con el primero de los cuatro puntos, o sea el relativo a la naturaleza de la reglamentación sobre la inversión extranjera. Creo que una serie de leyes sobre esta materia en todo el mundo, o sí no en todo el mundo, en la gran mayoría de los países están en vigor y las pocas naciones que no tienen aún una reglamentación definida sobre inversión extranjera, han comenzado ya seriamente a preocuparse por implantar algún tipo de reglamentación.

Es pues, hoy por hoy, un fenómeno universal, el de la reglamentación de la inversión extranjera. Creo que, por otro lado, y esto tiene mucho que ver con algunas cuestiones que trataremos de puntualizar en seguida, la reglamentación de la inversión extranjera es de orden público. Ello implica que la voluntad de los particulares no puede derogar los mandatos de la ley, en otras palabras, los mandatos dados por una ley de orden público no pueden ser evadidos, diría yo, por los particulares en el ámbito de lo que podríamos llamar, dentro de ese concepto tradicional, el ámbito de la autonomía de la voluntad.

Las leyes de orden público son limitativas de la autonomía de la voluntad de los particulares y este es el carácter de la reglamentación de la inversión extranjera. Hay que partir de esta base porque vamos a ver cómo es muy importante este enfoque inicial del problema. Por otro lado, sería conveniente precisar, en términos generales qué busca una reglamentación de la inversión extranjera, cuáles son sus objetivos y cuáles las políticas que deben desarrollarse.

Creo que pocas cuestiones en el mundo son tan debatidas, como el tratamiento que debe darse a la inversión extranjera. El debate tiene como fundamento, inclusive, orientaciones o raíces de tipo ideológico, intereses creados, y otra serie de factores múltiples; pero repito, quizás pocas son las materias que hoy en día pueden ser tan debatidas como la relativa a la política que debe adoptarse en un momento dado por un país, en materia de inversión extranjera.

¿Debe abrirse la puerta a esta inversión, sin ninguna limitación? ¿Debe por el contrario cerrarse sin más ni más, el acceso de la inversión extranjera en los procesos de desarrollo económico de los países?

Tal parecería que las soluciones simplistas y de extremo, no conducen a ninguna situación positiva y que el viejo término o justo medio aristotélico, vuelve a ser otra vez, la medida ideal de muchas cosas.

Permitir a un extranjero que venga a invertir a un país, es algo que yo me he permitido comparar en algunas ocasiones, como la invitación que a veces formulamos a alguna persona para que venga a nuestra propia casa. Y creo que, en esas invitaciones que hacemos para que nos visiten y nos frecuenten gentes a las que les abrimos las puertas de la casa, debemos adoptar un criterio selectivo. No invitamos a cualquier persona, a que traspase las puertas de nuestro hogar y conviva con nosotros. Creo que en materia de inversión extranjera el país también debe tener cuidado de seleccionar a quién le abre la puerta para que venga a invertir, y a quién se la cierra.

Esa puerta no puede estar ni totalmente cerrada, ni totalmente abierta; es pues, cuestión de medida y esa cuestión de medida debe irse calibrando, diría yo, de acuerdo con una serie de intereses y de factores, que muchas veces son evolutivos y que son cambiantes.

Desde luego, para el país receptor de la inversión extranjera, es muy importante que, a través de esa inversión extranjera, no se aleje el desarrollo económico de los propósitos que se haya fijado el Estado como política fundamental.

Nuestra Ley, que es una Ley promulgada en el año de 1973, paralela a la de Transferencia de Tecnología, porque son leyes gemelas y que surgieron en un mismo momento histórico, establece una serie de criterios a través de los cuales se va a poder aceptar que la inversión extranjera llegue al país, o que la inversión extranjera ya existente, pueda expandirse, pueda extenderse, a través de una serie de controles y de reglamentaciones. Hay campos muy importantes como los re-

lativos a que una empresa venga a establecerse como nueva y tenga capital mayoritariamente extranjero o bien, que empresas ya existentes vengan a tratar de cubrir nuevos campos de actividad, nuevas líneas de productos, o apertura de nuevos establecimientos. En ese marco, dado por la ley, las autoridades que resuelven sobre la admisión de esa inversión extranjera nueva o sobre la ampliación de la inversión extranjera ya existente, son las siguientes: básicamente, la Comisión Intersecretarial, formada por siete Secretarios de Estado; esta Comisión se llama precisamente, Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras; este grupo intersecretarial formado por siete Secretarios de Estado, que debe reunirse por ley, una vez al mes, es el que en sus sesiones, determina las políticas de la inversión extranjera en el país.

Paralelamente existe un secretariado técnico que es un grupo auxiliar de esta Comisión, por otro lado, la oficina que denominamos el Registro de Inversiones Extranjeras, está íntimamente vinculada a la Comisión de Inversiones Extranjeras, pero no debe confundirse con esta última.

Este sería en términos muy generales y sintéticos, el marco legal. Son las autoridades quienes tienen en sus manos la determinación de esa política de inversión extranjera.

Hay un artículo muy importante en la Ley de Inversiones Extranjeras, así como mencionaba el Lic. Alvarez Soberanis, de la ley de transferencia de Tecnología; también nosotros tenemos un artículo clave, que es el artículo 13 de la Ley. En éste están señaladas las cuestiones relativas a la conveniencia o puntos de inconveniencia que deben examinarse por la Comisión para admitir o para rechazar la inversión extranjera. Por ejemplo, se propicia o se trata de propiciar que la inversión extranjera venga a crear nuevas fuentes de trabajo, que desarrolle zonas subdesarrolladas, que sustituya importaciones, que provoque exportaciones, que se identifique con los intereses del país, que tenga una no vinculación con los centros de decisión del exterior, dentro de lo posible, que respete los valores culturales y las tradiciones del país, etc. . . . Todos estos principios están consagrados en la Ley y casuísticamente deben aplicarse por la Comisión en las solicitudes que se van presentando para la autorización de esta inversión extranjera.

Así terminaría yo esta breve exposición sobre la naturaleza de la reglamentación sobre inversión extranjera, no sin dejar de enfatizar antes de ello que no debemos olvidar el carácter público, de orden

público y de interés público de la reglamentación de la inversión extranjera, sobre todo para puntualizar que, si estamos pensando que esta reglamentación es de orden público, quiere decir que en este ámbito, la autonomía de la voluntad de los particulares se restringe. Estos no pueden derogar a través de pactos, los mandatos de los principios o de las normas de orden o de interés público.

El punto segundo, es el relativo al arbitraje y a su ámbito. He concebido siempre al arbitraje como una posibilidad de sustitución del proceso jurisdiccional normal, cuando existen razones que recomiendan, que ese asunto, problema, litigio o conflicto, sea sustraído de los tribunales ordinarios o comunes para que sea llevado al conocimiento de un juez particular.

Creo que este es un instrumento útil de arbitraje. Su utilidad depende de varios factores; por ejemplo, ahí donde la administración de justicia es lenta, cara, mala, penosa, difícil y poco acertada, el valor del arbitraje como sustituto de una función jurisdiccional mal administrada es magnífico. Creo que crece el valor y viceversa. Yo diría que ahí donde la administración de justicia puede calificarse de eficaz, rápida y buena, decrece, desde luego, la utilidad de ese arbitraje. Este sería uno de los factores.

Claro que hay otros factores muy importantes. La doctrina se ha encargado de puntualizar la ventaja del arbitraje que radica en una serie de factores. Por ejemplo, el carácter discrecional, es decir de secreto, de no publicidad, de todo lo que se desenvuelve a través del arbitraje. El árbitro tiene la obligación de guardar el secreto profesional y las partes en el pacto, podrían imponerle la obligación de no divulgar, de no dar a conocer la materia de ese arbitraje. Esto es muy útil sobre todo en materia comercial y mercantil, para protección de secretos industriales, de patentes, de marcas, de procedimientos en que los conflictos que pueden surgir en este campo, muchas veces no es conveniente que salgan a la luz en toda su dimensión, por razones de tipo industrial y comercial que son atendibles.

Otra razón aducida frecuentemente para recomendar el arbitraje como un buen método de solución de la conflictiva, es la relativa a que, a veces, el arbitraje se pone en manos de expertos, de peritos, entonces estos conocedores de la problemática de especialización que el conflicto puede revestir, quizás sean los más aptos para decidir, para emitir un laudo que pudiéramos calificar de resolución procedente, útil, quizás mejor que la que el juez profesional pudiera dar al asunto. Creo que, estas razones recomiendan ampliamente el arbitraje como un medio sustitutivo de la función jurisdiccional, normal.

Es importante señalar que, por regla general, el arbitraje se limita a casos en que los particulares tengan una libre disponibilidad de sus derechos y en referencia a las relaciones entre particulares, no a las relaciones entre el Estado y los particulares. Con esto terminaría yo la referencia al punto dos, o sea, el relativo al arbitraje y a su ámbito de aplicación, para llegar al punto tres.

### **La relación Estado receptor e inversionista extranjero**

Cuando el inversionista extranjero se acerca a las autoridades gubernamentales del Estado receptor, se acerca como solicitante particular. Claro, nosotros podríamos pensar en casos de co-inversiones entre Estados. Pero este sería ya otro problema, que tendría otras implicaciones. No es el caso normal, frecuente, común. Este caso de todos los días, es el del inversionista extranjero particular que, viene a solicitarle a alguna autoridad del Estado receptor la autorización para poder invertir en ese país. Esta, es pues, una relación de Derecho Público; es una relación entre gobernante y gobernado y desde luego, que aquí en este tipo de relaciones, no cabe desde ningún punto de vista la posibilidad de un arbitraje. Ello nos llevaría al absurdo de que el propio Estado quedará sujeto a un arbitraje. Las resoluciones de autoridad en el ejercicio de la soberanía del Estado, no pueden, desde ningún punto de vista, quedar sometidas a ningún tipo de arbitraje.

Esto está relacionado por otro lado, con los aspectos de sumisión y de sometimiento del inversionista extranjero, a las leyes y a las autoridades del país receptor.

Como es sabido toda empresa que se organiza como Sociedad Anónima en nuestro país, implica la necesidad de que los socios, siendo extranjeros, inclusive si no lo son, a los mismos mexicanos se les obliga también a hacer la declaración para el caso de que en el futuro lleve a haber un socio extranjero, hay un compromiso, una declaración que llamaría solemne, de ese inversionista extranjero, en el sentido de que precisamente en función del sometimiento a las leyes y a las autoridades del país, renuncia a invocar la protección de su Gobierno, ese extranjero, bajo la pena de que si llega a invocar la protección de su Gobierno, va a perder en beneficio de la nación mexicana, su aporte a esa sociedad. En el Derecho Internacional es conocida como la Cláusula Calvo, e implica pues, una renuncia del extranjero a invocar la protección de su Gobierno. Y en esta renuncia va implícito el sometimiento de ese inversionista extranjero a las leyes y a las autoridades del país.

Creo que esto es muy importante y tiene una relación muy estrecha con todo lo que hemos estado considerando. El cuarto apartado de esta plática, es el relativo a las relaciones jurídicas entre inversionistas extranjeros e inversionistas nacionales.

En este campo y en la medida en que esas relaciones sólo estén afectando intereses privados y de libre disponibilidad, es posible que en tanto no se afecte el orden y el interés público, sí es admisible que estos particulares, extranjeros y nacionales, se sujeten para la solución de sus controversias, a otro procedimiento de arbitraje. Todavía quedaría pendiente, por ahí, el problema que ya fue tratado brillantemente por el Lic. Alvarez Soberanis en cuanto a Transferencia, pero que también tendría que examinarse en lo que se refiere a inversión extranjera de, si habría posibilidad en un arbitraje de estos, invocar la aplicación, sobre todo en problemas de fondo, de una ley que no fuera la Ley Nacional. Me pronuncio definitivamente por rechazar esta idea. También aquí creo que no es posible someterse en materia de regulación de inversión extranjera, además sería absurdo, porque ¿qué inversionista extranjero, podría ponerle a un inversionista mexicano la condición de que se sujeten a las leyes de inversión extranjera de Corea del Sur o de Filipinas? Creo que no tendría sentido ni lógico, ni jurídico y además, tampoco tendría ningún efecto. Pienso que en este tipo de controversias, si la materia de inversión extranjera está afectada, la aplicación del derecho debe ser la aplicación del derecho nacional, aunque repito, si el conflicto es entre particulares, entre el inversionista extranjero y el inversionista nacional, y en ese conflicto están involucrados derechos o intereses de libre disponibilidad y que no afecten el orden y el interés público, ahí cabría un margen de posibilidad de aplicación del arbitraje, pero con todas esas limitaciones.

Y estos serían los cuatro puntos que pretendía yo exponer ante ustedes. Paso muy brevemente, a tratar lo que he llamado los puntos accesorios de comentario adicional.

#### Primero: La Prórroga Jurisdiccional y el Arbitraje

Creo que hay un parentesco, una relación muy cercana entre lo que significa un pacto de prórroga de la jurisdicción, que no consiste sino en la posibilidad de que las partes pacten, que no deba conocer el juez que normalmente debe conocer el asunto, sino que por un acuerdo de voluntad se someten a otro juez distinto.

Aquí hay un aspecto de disponibilidad de los derechos procesales.

¿Y dónde se permite? Ahí donde no haya disposiciones de orden público o de interés público que se violen y donde precisamente el particular tenga libertad para escoger el juez.

Imaginen ustedes que hay muchos casos de restricción en donde no procede, esta prórroga de la jurisdicción y creo que son paralelos a los casos en que tampoco procedería el arbitraje. A nadie se le ocurriría pensar que los esposos en el matrimonio digan: "¿Oye, si nos divorciamos la semana que entra o el año que entra, nos sometemos al juez de Acapulco, para que nos demos otra vuelta por allá al divorciarnos, verdad?".

O que, sometamos esta diferencia a un arbitraje. No, porque en el matrimonio hay cuestiones de orden y de interés público involucradas y por lo tanto, se rechazaría la posibilidad de una prórroga jurisdiccional y también se rechazaría la posibilidad de un sometimiento a un arbitraje. Claro, alguien me diría, bueno si se trata de un divorcio voluntario, ahí sí puede haber quizás, una prórroga de jurisdicción. Independientemente de que yo pondría en duda ese argumento, de todas suertes en el divorcio voluntario, estamos frente a un caso excepcional característico, que no debería tener el mismo tratamiento que el divorcio contencioso, común y corriente.

Simplemente, trataba yo, de hacer un paralelismo entre los fenómenos de prórroga de jurisdicción y los fenómenos de arbitraje.

Segundo punto adicional de comentario: El Sometimiento a Tribunales y a Leyes Extranjeras.

¿Hasta qué punto el particular puede sustraerse a, digamos, la soberanía de las autoridades de un país y a la aplicación del derecho de ese país?

Creo que este ámbito de sustracción, se va reduciendo cada vez más, pero la regla sigue siendo la misma. Solamente se le permite al particular sustraerse de estar sometido a las autoridades del país, o a las leyes del país, en aquellos casos, que cada vez van siendo menos, en donde hay una libre disponibilidad de los derechos y no hay limitaciones de orden ni de interés público.

Creo que por lo demás, este sometimiento a tribunales y a leyes extranjeras, va teniendo consecuencias negativas. En términos generales, tengo experiencias no muy positivas en este caso.

El último punto adicional de comentario que está relacionado también con éste, es el relativo al señalamiento de domicilios en el extranjero y de representantes para ser emplazados para ser llamados a juicio. Esta es una práctica muy extendida que sobre todo han estado utilizando y con buen éxito los bancos extranjeros en los créditos que otorgan a empresas mexicanas, y sin conmiseración ninguna. El banquero no suele ser una gente conmiserada, y con el pie a veces sobre el cuello del deudor está obligando a éste no solamente a que se someta al tribunal extranjero y a la ley extranjera sino a la aberración que el emplazamiento se le haga en un domicilio del país a cuyas autoridades se ha sometido. Yo creo que aceptar este tipo de sometimientos va en contra inclusive de toda dignidad nacional y no digo de la dignidad nacional del mexicano, de la dignidad nacional del ciudadano de cualquier país de este mundo de la segunda mitad del siglo XX.