

## EL BALANCE ENTRE LOS DERECHOS DEL INVERSIONISTA EXTRANJERO Y DEL ESTADO ANFITRIÓN: SOBERANÍA Y RECEPCIÓN JURÍDICA

Óscar CRUZ BARNEY\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La inversión extranjera en México*. III. *Inversión extranjera y tratados de libre comercio*. IV. *Un ejemplo de recepción jurídica: las medidas equivalentes a expropiación*. V. *Limitaciones al ejercicio soberano de los Estados. El caso de México*. VI. *Conclusión*. VII. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

La política sobre inversiones extranjeras se enmarca dentro de la política económica general establecida por los distintos gobiernos nacionales en atención al interés público y conforme a las circunstancias económicas, sociales, políticas, jurídicas y culturales tanto nacionales como en el contexto internacional.<sup>1</sup> Punto de partida para el estudio de la inversión extranjera es sin duda el proceso de glo-

\* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

<sup>1</sup> Álvarez Soberanis, Jaime, “La regulación de la inversión en el Tratado de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos de América. Algunas repercusiones para la participación de México en la creación de la Zona de Libre Comercio de América del Norte”, *Panorama jurídico del Tratado de Libre Comercio*, México, Departamento de Derecho, Universidad Iberoamericana, 1992, p. 103.

balización o mundialización.<sup>2</sup> La regulación de la inversión extranjera directa ha dejado de ser materia exclusiva de las legislaciones nacionales para pasar a ocupar un espacio importante en las convenciones internacionales, de ahí lo dicho por Ignacio Gómez Palacio en el sentido de que ya no se puede ser un experto en inversión extranjera con sólo conocer la regulación nacional.<sup>3</sup> Es claro que el peso de los factores externos en la determinación de las políticas sobre inversión extranjera ha venido creciendo sustancialmente. “En efecto —señalaba Jaime Álvarez Soberanis en la Universidad Iberoamericana en 1992—, el Sistema Económico Internacional constituye una limitación y una oportunidad especialmente para los países en desarrollo porque respecto a ellos, dada su debilidad estructural, lo externo necesariamente tiene una mayor influencia”.<sup>4</sup>

## II. LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN MÉXICO

El tema de la inversión extranjera ha sido tradicionalmente un tema controvertido en México, si bien la historia legislativa mexicana ha propugnado en lo general a la igualdad de derechos de nacionales y extranjeros. Pensemos, por ejemplo, en la Ley sobre extranjería y nacionalidad de los habitantes de la República:<sup>5</sup> “la única que ha intentado definir con exactitud quiénes son nacionales y quiénes extranjeros”<sup>6</sup> y dos años después, en 1856, la ex-

<sup>2</sup> Rábago Dorbecker, Miguel, *Derecho de la inversión extranjera en México*, México, Porrúa, Universidad Iberoamericana, 2004, p. 7.

<sup>3</sup> Gómez Palacio, Ignacio, *Derecho de los negocios internacionales. Arbitraje internacional, TLCAN, América Latina*, CIADI, México, Porrúa, 2006, p. 17.

<sup>4</sup> Álvarez Soberanis, Jaime, *op. cit.*, nota 1, p. 103.

<sup>5</sup> Ley sobre extranjería y nacionalidad de los habitantes de la República, 30 de enero de 1854. Puede consultarse en *Legislación mexicana, o sea Colección completa de las leyes, decretos y circulares que se han expedido desde la consumación de la Independencia*, México, Imprenta de Juan R. Navarro, 1854, tomo que comprende de enero a mayo de 1854, pp. 73 y 74.

<sup>6</sup> Según Ignacio Vallarta en su *Exposición de motivos del Proyecto de Ley sobre extranjería y naturalización, que por encargo de la Secretaría de Relaciones Exteriores ha hecho el Sr. Lic...*, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1885, p. 1.

pedición de ley por la que se permitió a los extranjeros poseer y adquirir propiedades rústicas y urbanas en el país.<sup>7</sup>

En 1929 se buscó un modelo económico nacionalista, afectado por la gran depresión estadounidense de ese año. Este sistema que abarca de 1929 a 1940 será el fundamento del proceso de industrialización en México, hasta que con la Segunda Guerra Mundial se pasará al sistema de sustitución de importaciones,<sup>8</sup> vía un proteccionismo indiscriminado en donde el Estado participa como un elemento fundamental en la regulación de la economía nacional, si bien no se puede hablar de una economía cerrada totalmente al exterior. Se busca obtener tasas máximas de crecimiento, incremento del empleo y mejorar el nivel de vida de la población.<sup>9</sup>

Fue el 29 de junio de 1944 que, en el marco de la Segunda Guerra Mundial, el Ejecutivo decretó que las sociedades mexicanas que tuviesen o pudiesen tener socios extranjeros sólo podrían adquirir bienes inmuebles o concesiones de minas, aguas o combustibles minerales mediante permiso que en su caso otorgaría la Secretaría de Relaciones Exteriores. Cuando en 1945 se levantó la suspensión de garantías, las disposiciones dictadas por el Ejecutivo se mantuvieron en vigor.<sup>10</sup>

Para 1950 la sustitución de importaciones de bienes de consumo no duradero se consideró agotada, iniciándose la de bienes intermedios y de capital. La protección otorgada por el sistema se basó en el manejo del tipo de cambio, altas cargas a la importación

<sup>7</sup> *Ley del 1 de febrero de 1856*, en *Legislación mexicana*, cit., nota 5, pp. 330 y 331.

<sup>8</sup> Cruz Miramontes, Rodolfo, "El comercio exterior de México en la última década", *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, UIA, núm. 29, 1999, pp. 158 y 159.

<sup>9</sup> Sobre el tema véase Villarreal, René, "Del proyecto de crecimiento y sustitución de importaciones al desarrollo y sustitución de exportaciones", *El comercio exterior de México*, México, Instituto Mexicano de Comercio Exterior, Academia de Arbitraje y Comercio Internacional, Siglo XXI, 1982, t. I.

<sup>10</sup> Siqueiros, José Luis, "La inversión extranjera: ¿de regulación a promoción?", *El Foro, Órgano de la Barra Mexicana Colegio de Abogados*, México, Decimotercera Época, t. XVII, núm. 2, segundo semestre, 2004, p. 2.

de bienes del exterior y controles cuantitativos y permisos previos de importación que llegaron a ser necesarios para el 80% de las importaciones.

Lo anterior logró eliminar la competencia externa, teniendo como consecuencia una producción en muchos casos ineficiente y de alto costo que impidió una penetración efectiva en el mercado de exportación.

La imposibilidad de acceder a recursos del exterior vía exportaciones obligó al país a recurrir cada vez más al financiamiento externo, lo que se reflejó negativamente en la balanza de pagos.

En 1970 se diseñó un plan de apoyo estructural a las exportaciones con la creación y fortalecimiento de organismos como el Instituto Mexicano de Comercio Exterior (IMCE), el Banco Nacional de Comercio Exterior (Bancomext), la Comisión para la Protección del Comercio Exterior (Compromex), la Comisión Nacional de Fletes Marítimos (Conafleamar), la Asociación Mexicana de Usuarios del Transporte Marítimo A.C. (Amutmac), la Academia Mexicana de Arbitraje y Comercio Internacional (ADACI), el Comité (*ad-hoc*) para la Defensa de las Exportaciones, el Comité de Compras del Sector Público y la Comisión Nacional de Comercio Exterior. Si bien no fueron suficientes, sí constituyeron un esfuerzo notable para ordenar y fomentar el comercio exterior y el fomento industrial de México.

Claro está que el símbolo del apoyo y promoción del comercio exterior fue el IMCE.<sup>11</sup>

En materia de inversiones,<sup>12</sup> en 1967 las medidas adoptadas por México respecto de la inversión extranjera eran más restrictivas

<sup>11</sup> Creación de Carlos Torres Manso y de Julio Faesler, el IMCE nace mediante ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 31 de diciembre de 1970. Sobre el Instituto véase Gazol Santafé, Antonio (ed.), *El nacimiento del IMCE*, México, 1971, Colección Selecciones y Documentos sobre la Actividad Económica en Latinoamérica.

<sup>12</sup> Antecedentes en Wionczeck, Miguel S., *El nacionalismo mexicano y la inversión extranjera*, México, Siglo XXI, 1967, en particular la Introducción.

que las de cualquier otro país latinoamericano. La política mexicana en la materia establecía que:<sup>13</sup>

a) Los campos básicos de la economía nacional estaban reservados al Estado.

b) Solamente los nacionales podían invertir en el sector agrícola y actuar de intermediarios financieros.

c) En los demás sectores se exigía el requisito de participación mayoritaria del capital nacional.

d) En los demás campos podía intervenir libremente el capital extranjero, siempre y cuando se sujetase a las disposiciones que regían la inversión nacional.

e) Revestían especial interés para el país aquellas inversiones que aportasen nuevas tecnologías y fuentes de empleo.

Sin embargo, sostenía Wionczeck que en los últimos cinco años (1962-1967) México había sido el más grande receptor neto de inversión extranjera privada en la región.<sup>14</sup>

En 1973 entró en vigor la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera,<sup>15</sup> modificándose la Constitución en 1983 para adicionar a las facultades del Congreso la de expedir leyes tendientes a dicho objetivo, es decir, promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera, así como legislar en materia de transferencia de tecnología.<sup>16</sup> La Ley de 1973 “otorgaba discrecionalidad excesiva a la autoridad en cuanto a la

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>15</sup> Sobre ésta, véase Gómez Palacio y Gutiérrez Zamora, Ignacio, *Análisis de la Ley de Inversión Extranjera en México*, México, La Impresora Azteca, 1974. Del mismo autor: *Ley de Inversión Extranjera y su reglamento comentados*, México, Themis, 1989. Véase asimismo Lucero M., Miguel Ángel, “El régimen jurídico mexicano sobre la inversión extranjera directa. Una bibliografía”, *Comercio Exterior*, México, vol. 33, núm. 2, febrero de 1983; Sepúlveda Amor, Bernardo, “Inversión extranjera, deuda externa y comercio exterior: notas sobre el orden jurídico mexicano”, *Anuario Jurídico*, México, 1980, vol. VII.

<sup>16</sup> Siqueiros, José Luis, *op. cit.*, nota 10, p. 2.

decisión de qué tipo de inversiones eran permisibles”.<sup>17</sup> En 1989 se publicó el reglamento respectivo a fin de facilitar el flujo de capitales externos al país.<sup>18</sup>

Este sistema de apoyos sufrió constantes ataques en los mercados internacionales a los que acudían productos y bienes, sobre todo por parte de las autoridades estadounidenses, lo que culminó, a partir de 1985, en una serie de cambios que los llevaron hasta la casi desaparición de los programas de apoyo (como ejemplo, los CEPROFIS, que se extinguieron entre agosto y diciembre de 1987), al firmarse en ese año lo que se conoció como el “entendimiento sobre la prueba del daño”, por el que se cancelaron los subsidios otorgados a las exportaciones mexicanas existentes a la fecha y la concesión por parte de los Estados Unidos “...de la llamada «prueba del daño» que no recibiríamos al no estar comprendidos en alguna de las hipótesis legales a que se refiere la Sección Primera de la *Trade Act of 1974*”.<sup>19</sup>

Aunado a lo anterior, el gobierno de México decidió desaparecer el Instituto Mexicano de Comercio Exterior<sup>20</sup> y acceder al GATT.<sup>21</sup>

Para el año de 1989, México había liberalizado su comercio de manera notable, pues “...de 8080 fracciones arancelarias prevalencias en 1982 sujetas a permisos de importación, para 1989

<sup>17</sup> Senado de la República, “Inversión extranjera directa”, *Análisis de los efectos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en la economía mexicana: una visión sectorial a cinco años de distancia*, México, Senado de la República, LVII Legislatura, 2000, t. I, p. 436.

<sup>18</sup> García Moreno, Víctor Carlos, “Régimen de la inversión extranjera en el TLCAN (capítulo XI)”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 7, núm. 19, enero-abril de 1996, p. 99.

<sup>19</sup> Cruz Miramontes, Rodolfo, *op. cit.*, nota 8, p. 160.

<sup>20</sup> Lo que se lleva a cabo en diciembre de 1985, véase “Decreto por el que se abroga la Ley que crea al Instituto Mexicano de Comercio Exterior”, en el *Diario Oficial de la Federación* del 6 de diciembre de 1985.

<sup>21</sup> Ver los decretos de fechas 29 de octubre y 26 de noviembre de 1986 sobre aprobación y promulgación del Protocolo de Adhesión de México al GATT. Sobre la polémica existente previa a la adhesión de México al acuerdo, véase el capítulo VII de la obra *El comercio exterior de México*, México, Instituto Mexicano de Comercio Exterior, Academia de Arbitraje y Comercio Internacional, Siglo XXI, 1982, t. II.

sólo la requerían 202”.<sup>22</sup> Entre 1988 y 1992 México contó con un superávit comercial y en cuenta corriente, con un rol cada vez más importante de la política comercial en materia de combate a la inflación. Sin embargo, el ingreso de México al GATT no produjo las esperadas nuevas inversiones a largo plazo, aunado a que las medidas proteccionistas estadounidenses frente a las exportaciones mexicanas continuaron en vigor.<sup>23</sup>

La apertura comercial buscaba, a partir de 1985, corregir las distorsiones económicas generadas por la estrategia de sustitución de importaciones.<sup>24</sup>

Con la reforma económica y la apertura comercial lo único que faltaba para afianzar el ingreso de inversiones al país era institucionalizar las relaciones económicas con el principal socio de los mexicanos: Estados Unidos. Fue en este contexto que se iniciaron las negociaciones para posibilitar la suscripción del TLCAN.<sup>25</sup>

### III. INVERSIÓN EXTRANJERA Y TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

La necesidad de mantenerse en un plano competitivo en la lucha por captar la inversión extranjera directa y preservar al mismo tiempo la conducción de las áreas estratégicas de la economía fue-

<sup>22</sup> Cruz Miramontes, Rodolfo, *op. cit.*, nota 8, p. 160.

<sup>23</sup> Ver Ramírez de la O., Rogelio, “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte desde una perspectiva mexicana”, en Globerman, Steven y Walker, Michael (comps.), *El TLC. Un enfoque trinacional*, trad. de Mónica Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 86 y 87.

<sup>24</sup> Kessel Georgina y Kim, Chong-Sup, “Desgravación arancelaria y reglas de origen”, en Kessel, Georgina (comp.), *Lo negociado del TLC. Un análisis económico sobre el impacto sectorial del Tratado Trilateral de Libre Comercio*, México, ITAM, McGraw-Hill, 1993, p. 3.

<sup>25</sup> Rosas, María Cristina, *México y la política comercial externa de las grandes potencias*, México, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Instituto de Investigaciones Económicas, Miguel Ángel Porrúa, 1999, pp. 364 y 365.

ron dos elementos destacables de la estrategia de negociación del gobierno de México en el capítulo de inversión en el Tratado.<sup>26</sup> Si bien, México mantuvo restricciones a la inversión extranjera en los sectores estratégicos reservados al Estado y actividades reservadas a mexicanos.<sup>27</sup>

El 27 de diciembre de 1993 se expidió la Ley de Inversión Extranjera,<sup>28</sup> cuya pura denominación indica ya el rumbo que se quería dar a la relación del Estado mexicano con los capitales provenientes del exterior. Se abrogó la ley anterior de 1973. La nueva ley estableció un sistema de apertura a la inversión extranjera que podría participar en cualquier proporción en el capital social de empresas mexicanas salvo en aquellos casos específicamente señalados en la propia ley.

Señala José Luis Siqueiros que la ley “ha ido levantando el cierre de las siguientes actividades: a) las reservadas de manera exclusiva al Estado y b) las que tienen regulación restrictiva en el capital social...”, sobre todo a partir de la entrada en vigor de las disposiciones transitorias en 1995, 2001 y 2004.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Heftye Etienne, Fernando, “El capítulo de inversión del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica”, *Panorama jurídico del Tratado de Libre Comercio II*, México, Universidad Iberoamericana, Departamento de Derecho, 1993, p. 31.

<sup>27</sup> Senado de la República, *op. cit.*, nota 17, t. I, p. 438.

<sup>28</sup> Véase Pérez Miranda, Rafael, “La nueva legislación mexicana sobre inversión extranjera. Aspectos conceptuales”, *Cuadernos de Posgrado*, México, núm. 9, julio-diciembre de 1995.

<sup>29</sup> SEXTO TRANSITORIO. Están reservadas de manera exclusiva a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros las actividades de transporte terrestre internacional de pasajeros, turismo y de carga entre puntos del territorio de México y el servicio de administración de centrales camioneras de pasajeros y servicios auxiliares.

Sin embargo, en las actividades mencionadas, la inversión extranjera podrá participar de conformidad con las disposiciones siguientes:

I. A partir del 18 de diciembre de 1995, hasta el 49% del capital social de sociedades mexicanas;

II. A partir del 1o. de enero del año 2001, hasta el 51% del capital social de sociedades mexicanas; y

III. A partir del 1o. de enero del año 2004, hasta el 100% del capital social

El Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera de 1989 continuó con la apertura, debida sin duda a la interdependencia comercial y al proceso de globalización de la economía.

“La actitud defensiva o de recelo prevaleciente durante la séptima y octava décadas del siglo anterior se modificó... la mayoría de los países trató de promover y alentar el flujo de recursos y tecnología del exterior, más que regular la conducta del inversionista extranjero...”<sup>30</sup> Lo anterior, ya sea a través de la inclusión de capítulos específicos de inversión en los tratados de libre comercio o bien mediante la firma de tratados bilaterales de inversión o APPRI.

Previamente al inicio de las negociaciones para el TLCAN se señalaba en México y fuera de él, con razón, que el principal objetivo del mismo sería no tanto la apertura comercial, muy avanzada desde la adhesión al GATT en 1986, sino la atracción de la inversión extranjera directa necesaria para el país.<sup>31</sup> Quedaba claro además que la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera debería modificarse para adecuar la legislación interna mexicana a los principios que habrían de negociarse con Estados Unidos y Canadá en el tema sobre todo de trato nacional.<sup>32</sup>

Al definir los temas de negociación del TLCAN, se consideró como tema relevante la inclusión de un capítulo sobre inversión que otorgase garantías básicas a los inversionistas de las Partes.<sup>33</sup>

Las Partes, en el entendido de que las barreras a la inversión representan también barreras al comercio, pactaron un mecanismo que busca asegurar un trato igual entre inversionistas de las Partes

de sociedades mexicanas sin necesidad de obtener la resolución favorable de la Comisión.

<sup>30</sup> Siqueiros, José Luis, *op. cit.*, nota 10, p. 5.

<sup>31</sup> Álvarez Soberanis, Jaime, *op. cit.*, nota 1, pp. 99 y 101. Véase también Graham, Edward M. y Wilkie, Christopher, “Acuerdos económicos regionales y firmas multinacionales: las disposiciones en materia de inversión en el TLCAN (NAFTA)”, *Ars Iuris*, México, *Universidad Panamericana, Facultad de Derecho*, núm. 21, 1999, p. 42.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 111 y 112.

<sup>33</sup> García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 18, p. 89.

del tratado, de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional y de debido proceso legal ante un tribunal imparcial.<sup>34</sup>

Este mecanismo no deja de ser inequitativo y discriminatorio en perjuicio de los inversionistas nacionales,<sup>35</sup> quienes no podrán acudir a los paneles en cuestión si el problema posible lo causa una decisión de autoridad mexicana. Durante las negociaciones del TLCAN, Rodolfo Cruz Miramontes manifestó públicamente el rechazo a tal tratamiento y a la posible afectación de la Cláusula Calvo (publicada en el periódico *El Nacional* del 3 de junio de 1992). Algunos estudiosos en la materia lo explican como una medida más política que jurídica, ya que el TLCAN "...significa en sí mismo, un paso demasiado audaz en la posición tradicional de México".<sup>36</sup>

La Secretaría de Economía señala que

el gobierno mexicano dentro de su estrategia de negociación comercial internacional ha privilegiado la incorporación de capítulos de inversión que contengan altos estándares y disciplinas relacionadas con inversión en los tratados de libre comercio negociados. Estos capítulos han seguido dos esquemas: modelo del capítulo XI del TLCAN, contemplado en los acuerdos suscritos con Costa Rica, Grupo de los Tres (G3), Bolivia, Nicaragua, Chile, Triángulo del Norte (CA3) y Japón... y el modelo europeo, contenido en los acuerdos suscritos con la Unión Europea y la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC). Este modelo difiere de la estructura TLCAN en que utiliza un lenguaje basado en acuerdos internacionales; en particular, en los Códigos de Liberalización de Movimientos de Capital de la OCDE.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> TLCAN, artículo 1115.

<sup>35</sup> En este sentido, Foeth Perssson, Mauricio, "Solución de controversias en materia de inversión extranjera: capítulo XI", *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 36, 2006, p. 54.

<sup>36</sup> Pereznieta Castro, Leonel, "Algunos aspectos del sistema de solución de controversias en el tratado norteamericano de libre comercio", *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 23, 1994.

<sup>37</sup> Véase <http://www.economia.gob.mx/?P=1201>.

El 31 de julio de 2001, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN emitió en la ciudad de Washington D. C. unas notas interpretativas de ciertas disposiciones del capítulo XI para aclarar y confirmar el significado de algunos de sus artículos.<sup>38</sup>

El documento firmado por los señores Robert B. Zoellick (United States Trade Representative), Luis Ernesto Derbez Bautista (Secretaría de Economía de México) y Pierre S. Pettigrew (Minister for International Trade of Canada) se refiere a dos temas en particular, que son: a) el acceso a documentos y b) el nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional.

### 1. *Acceso a documentos*

Se establecen los siguientes puntos:

1. Nada en el TLCAN impone un deber general de confidencialidad a las Partes en la disputa en un arbitraje del capítulo XI y sujeto a la aplicación del artículo 1137(4), nada en el TLCAN impide a las Partes proveer acceso público a los documentos presentados o emitidos ante o por un tribunal arbitral del Capítulo XI.
2. Nada en las Reglas de Procedimiento aplicables conforme al artículo 1120(2) impone un deber de confidencialidad a las Partes para proveer acceso público a los documentos presentados o emitidos ante o por un tribunal arbitral del capítulo XI.

En virtud de lo anterior, las Partes se comprometen a poner a disposición del público en el menor tiempo posible todos los documentos presentados ante o emitidos por un tribunal arbitral del capítulo XI, sujetos a las limitaciones de divulgación derivadas de la información confidencial de negocios, información privilegiada

<sup>38</sup> Puede consultarse su versión en idioma inglés en la página web del *Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international* de Canadá en <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-en.asp>. Se incluye como apéndice al final del presente estudio.

u otra información que la Parte deba retener conforme a las reglas de procedimiento aplicables.

Asimismo, las Partes señalan que la información confidencial o privilegiada podrá compartirse con aquellas personas directamente relacionadas con el caso en disputa para la presentación del mismo caso o bien con los funcionarios públicos correspondientes, asegurando siempre el mantenimiento de dicha información como confidencial o privilegiada.

Se deja claro que estas notas interpretativas no obligan a las Partes a divulgar información que afecte a la seguridad nacional o impida el cumplimiento de las leyes conforme a los artículos 2102 y 2105.

Este acuerdo es de gran importancia, ya que los procedimientos se han llevado tradicionalmente con gran secrecía y reserva. En su implementación, llama la atención que las páginas web del Departamento de Estado de los Estados Unidos y del Ministerio de Asuntos Internacionales de Canadá no contienen la misma información sobre los casos existentes, llama más la atención que en la correspondiente de la Secretaría de Economía no aparece información alguna hasta el mes de junio de 2003.

## *2. Nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional*

Las Partes confirmaron que el artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato para los extranjeros conforme al derecho internacional consuetudinario como el que debe otorgarse a las inversiones de inversionistas de una de las Partes. En este sentido, conceptos como “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad totales” no exigen de un trato adicional o más allá de lo establecido por el derecho internacional consuetudinario como nivel mínimo de trato para un extranjero.

Finalmente, las Partes hacen una declaración que debe tomarse en cuenta en los procedimientos subsecuentes consistente en que la determinación de que ha habido una violación a alguna disposición del TLCAN o de otro tratado internacional, no constituye por sí misma una violación al artículo 1105(1).

El tema del nivel mínimo de trato se ve ahora acotado por las notas interpretativas, en favor de los gobiernos que reciben la inversión extranjera, beneficio que se refuerza con la aclaración hecha al final de las notas en relación a la violación de otra disposición del Tratado.

#### IV. UN EJEMPLO DE RECEPCIÓN JURÍDICA: LAS MEDIDAS EQUIVALENTES A EXPROPIACIÓN

El artículo 1110 del TLCAN establece una nueva forma de conceptualizar la figura de la expropiación, tomada del derecho anglosajón y que fue recibida parcialmente por el derecho mexicano, ya que ha sido utilizada en un número muy importante, de hecho en la mayoría de los tratados de libre comercio firmados por México, mas no en el derecho interno. El artículo en cuestión se refiere a la imposibilidad de las Partes para expropiar directa o indirectamente una inversión de un inversionista de otra parte en su territorio, “ni adoptar medida alguna equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión”, salvo que sea:

- a) por causa de utilidad pública;
- b) sobre bases no discriminatorias;
- c) con apego al principio de legalidad y al artículo 1105 (1), y
- d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6 del propio artículo 1110.

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

El pago de la indemnización se hará sin demora y será completamente liquidable. Asimismo, la cantidad pagada no será inferior a la cantidad equivalente que por indemnización se hubiera pagado en una divisa de libre convertibilidad en el mercado financiero internacional, en la fecha de expropiación, y esta divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de valuación, más los intereses que hubiese generado a una tasa bancaria o comercial hasta la fecha del día del pago.

Señala Cruz Miramontes<sup>39</sup> que la práctica norteamericana ha desarrollado todo un sistema que pretende equiparar la expropiación a aquellas medidas de gobierno que afecten de alguna manera su propiedad, por lo que deberán ser compensados. Se conoce a estas acciones como *regulatory takings*.<sup>40</sup>

Si bien, en algunos casos los tribunales estadounidenses han establecido ciertas limitaciones al concepto para acotarlo, como por ejemplo, señalar que la sola disminución del valor de un inmueble no es suficiente para acreditar la afectación del bien, los interesados siguen impulsando las aplicaciones del concepto en cuestión de la forma más amplia posible.

Lamentablemente, en algunos casos concretos planteados ante los tribunales arbitrales revisados, no sólo se aplicó esta interpretación amplia del concepto de expropiación, sino que se fue más allá.

Tal situación se dió en el procedimiento de *Metalclad vs. el Municipio de Guadalcazar, San Luis Potosí*. Se señaló al respecto en septiembre del 2001 que

The NAFTA tribunal in the Metalclad case defined expropriation as «not only open, deliberate and acknowledged takings of pro-

<sup>39</sup> Cruz Miramontes, Rodolfo, “Las inversiones en el TLCAN: diez años de experiencia”, en Gonzalez Martín, Nuria, *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. II, p. 255.

<sup>40</sup> *NAFTA Chapter XI Investor - to State Cases: Bankrupting Democracy*, se puede consultar el texto completo del documento en <http://www.citizen.org/documents/ACFI86.PDF>.

perty such as outright seizure, but also covertor incidental interference with the use of property», this definition of takings clearly is much broader than what is allowed by US courts...<sup>41</sup>

## V. LIMITACIONES AL EJERCICIO SOBERANO DE LOS ESTADOS. EL CASO DE MÉXICO

1) Las presiones ejercidas a nivel mundial por los grandes inversionistas han llevado a que los conflictos derivados de inversiones extranjeras, que tradicionalmente se habían sometido a los procedimientos contemplados en las legislaciones nacionales, se sometan cada vez más a mecanismos alternativos de solución de diferencias como el arbitraje, lo que constituye una garantía de seguridad jurídica para sus inversiones.<sup>42</sup> Lo mismo sucede con las soluciones legislativas nacionales que se han visto desplazadas por el derecho convencional.<sup>43</sup>

2) Como afirma Miguel Rábago Dorbecker: "...el retroceso del Estado causado por la globalización no sólo implica una cesión a ciertos actores internacionales, sino también a núcleos de población y colectivos intra-nacionales".<sup>44</sup>

3) México todavía no es parte (si bien está en proceso de cumplir con los requisitos correspondientes para serlo)<sup>45</sup> de la Agen-

<sup>41</sup> *Ibidem*, p.14.

<sup>42</sup> García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 18, p. 100.

<sup>43</sup> Rábago Dorbecker, Miguel, *op. cit.*, nota 2, p. 9. En este sentido y respecto del TLCAN, Graham, Edward M. y Wilkie Christopher, *op. cit.*, nota 31, p. 47.

<sup>44</sup> *Idem*. El número de reformas a la legislación interna en México derivadas del libre comercio es importante. Véase el trabajo de Villarreal Corrales, Lucinda, *TLC. Las reformas legislativas para el libre comercio 1991-2001*, 3a. ed., prólogo de Jorge Witker, México, Porrúa, 2001. Ver asimismo López Ayllón, Sergio, "El impacto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en los sistemas jurídicos del continente americano", *Revista Latinoamericana de Derecho*, México, año II, núm. 3, enero-junio de 2005.

<sup>45</sup> [http://www.miga.org/quickref/index\\_sv.cfm?stid=1577](http://www.miga.org/quickref/index_sv.cfm?stid=1577).

cia Multilateral de Garantía a la Inversión o MIGA ni del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI,<sup>46</sup> sin embargo, como señalamos, el capítulo XI del TLCAN contempla la posibilidad de someter un conflicto relativo a inversiones al arbitraje del CIADI conforme al mecanismo complementario del mismo. Lo mismo se establece en el resto de los tratados comerciales internacionales celebrados por México. Asimismo, en el capítulo 9 del Tratado de Libre Comercio entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos; el capítulo XIII del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Costa Rica; el capítulo XVII del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela G3; el capítulo XV del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Bolivia; el capítulo XVI del Tratado de Libre Comercio entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la República de Nicaragua; el capítulo XIV del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras: Triángulo del Norte; el capítulo XIII del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Oriental del Uruguay y el capítulo 7o. del Acuerdo para el Fortalecimiento de la Asociación Económica entre los Estados Unidos Mexicanos y el Japón.

No así el Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, la Decisión del Consejo Conjunto de dicho Acuerdo; y la Decisión del Consejo Conjunto del Acuerdo Interino sobre Comercio y Cuestiones Relacionadas con el Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea; el Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos

<sup>46</sup> Del cual sí es parte Estados Unidos. Canadá lo firmó el 15 de diciembre del 2006, si bien al 4 de noviembre del 2007 no se había hecho el depósito del instrumento de ratificación ni había entrado en vigor el convenio para dicho país. Véase <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=Spanish>.

Mexicanos y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio, ni el Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Estado de Israel.

4) Los inversionistas extranjeros en el marco del TLCAN han hecho un creciente uso del mecanismo contemplado en el capítulo XI en materia de solución de diferencias entre el inversionista y el Estado, “particularmente para oponerse a políticas de regulación que en su perspectiva han tenido efectos discriminatorios y negativos para sus inversiones”.<sup>47</sup>

5) Por otra parte, se ha afirmado que el arbitraje en materia de inversión no vulnera la soberanía, ya que es precisamente un acto de soberanía del Estado que busca atraer inversión extranjera con la finalidad de darle credibilidad a la promesa dada a la comunidad internacional mediante los tratados de inversión. Se trata de un acto de soberanía porque deriva de un tratado internacional.<sup>48</sup> Sin embargo, tengamos presente que dicho sometimiento obedece a la necesidad del Estado por atraerse recursos del exterior, recursos que no genera por sí mismo y por los cuales está dispuesto a renunciar a someter a sus órganos internos de solución de diferencias a una posible disputa surgida con el inversionista extranjero a fin de que éste “confíe” en el Estado receptor. Ese solo hecho implica ya una limitación a su ejercicio soberano. Por otra parte, es perfectamente factible que el Estado en un acto soberano vulnere su propia soberanía por los compromisos pactados.

6) La recepción de la figura de los *regulatory takings* del derecho estadounidense limita los derechos del Estado en materia de toma de decisiones, ya que amplía el concepto de expropiación.

<sup>47</sup> Vega Cánovas, Gustavo, “el TLCAN: el punto de vista de México”, en Olloqui, José Juan de, *Jornadas sobre México y los tratados de libre comercio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 54.

<sup>48</sup> González de Cossío, Francisco, “Aportación de México al arbitraje de inversión”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2006, vol. 6, p. 665.

6) Sin embargo, el flujo de inversión extranjera en nuestro país para 2005 era tres veces mayor que en 1993, siendo el capítulo XI del TLCAN el que ha permitido dicho flujo.<sup>49</sup> Como señalaba en 2006 Ignacio Gómez Palacio, relativo al funcionamiento de los tribunales arbitrales del capítulo XI del TLCAN: “en tanto los tres países han sido demandados por aproximadamente tres mil millones de dólares, el monto de los daños otorgados por tribunales ha sido de 35.5 millones... Esto indica un claro beneficio frente a un costo reducido...”.<sup>50</sup> Cabe destacar lo dicho por Francisco González de Cossío en el sentido de que México se está convirtiendo en una de las fuentes más dinámicas y ricas de conocimiento y experiencia en materia de arbitraje de inversión.<sup>51</sup>

## VI. CONCLUSIÓN

Un elemento esencial de la globalización es el retroceso en la función del Estado en detrimento de una visión particular de mercado.<sup>52</sup> Luigi Ferrajoli apunta que el paradigma de la soberanía externa alcanzó su máximo esplendor y a su vez su fracaso con las dos grandes guerras mundiales. La Carta de la ONU de 1945 y la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948 transformaron el orden jurídico mundial, y con ellos la soberanía externa del Estado dejó de ser una libertad absoluta y salvaje, quedando

<sup>49</sup> Olaiz González, Jaime, “Claroscuros del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Algunas consideraciones a trece años de su entrada en vigor”, en Becerra, Manuel *et al.* (coords.), *Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. II, p. 387.

<sup>50</sup> Gómez Palacio, Ignacio, *op. cit.*, nota 15, pp. 128 y 129.

<sup>51</sup> González de Cossío, Francisco, *op. cit.*, nota 48, p. 652.

<sup>52</sup> Rábago Dorbecker, Miguel, *op. cit.*, nota 2, p. 9. En este mismo sentido Moreno Villicaña, Elizabeth X., “Limitaciones a la soberanía impuestas por el orden jurídico internacional”, *Ius UNLA*, Morelia, Universidad Latina de América, Anuario 2004, y Dienheim Barriguete, Cuauhtémoc M. de, “La crisis de la soberanía frente al nuevo orden jurídico internacional”, *Ius UNLA*, Morelia, Universidad Latina de América, Anuario 2005.

subordinada jurídicamente al imperativo de la paz y la tutela de los derechos humanos.<sup>53</sup>

Hace cuatro años surgió la pregunta de si era acertado conservar el espíritu nacionalista de la legislación interna para proteger la inversión mexicana, a lo que se respondió que la defensa de los valores tradicionales y de soberanía nacional debían ser la prioridad, así como el bienestar y la prosperidad económica.<sup>54</sup> Vale formularnos nuevamente esta pregunta hoy, en el 2008. Se ha señalado ya que la educación jurídica recibida en los Estados latinoamericanos se encuentra bajo el signo o el entendido del Estado soberano, cuando en realidad éste

está pasando de ser un Estado-soberano, para convertirse en un Estado-comerciante-anfitrión. De un Estado que todo lo decidía a un Estado comprometido por un cúmulo de compromisos y presiones internacionales... Se dice pues que existe un desfase entre la preparación del jurista latinoamericano y la realidad...<sup>55</sup>

## VII. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ SOBERANIS, Jaime, “La regulación de la inversión en el Tratado de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos de América. Algunas repercusiones para la participación de México en la creación de la Zona de Libre Comercio de América del Norte”, *Panorama jurídico del Tratado de Libre Comercio*, México, Departamento de Derecho, Universidad Iberoamericana, 1992. *El comercio exterior de México*, México, Instituto Mexicano de Comercio Exterior, Academia de Arbitraje y Comercio Internacional, Siglo XXI, 1982, t. II.

<sup>53</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, p. 144

<sup>54</sup> Siqueiros, José Luis, *op. cit.*, p. 14.

<sup>55</sup> Gómez Palacio, Ignacio, *op. cit.*, nota 3, pp. 47 y 48.

- CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, “El comercio exterior de México en la última década”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 29, 1999.
- , “Las inversiones en el TLCAN: diez años de experiencia”, en GONZALEZ MARTÍN, Nuria, *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. II.
- “Decreto por el que se abroga la Ley de crea al Instituto Mexicano de Comercio Exterior”, *Diario Oficial de la Federación*, 6 de diciembre de 1985.
- DIENHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc M. de, “La crisis de la soberanía frente al nuevo orden jurídico internacional”, *Ius UNLA*, Morelia, Universidad Latina de América, Anuario 2005.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999.
- FOETH PERSSON, Mauricio, “Solución de controversias en materia de inversión extranjera: capítulo XI”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 36, 2006.
- GARCÍA MORENO, Víctor Carlos, “Régimen de la inversión extranjera en el TLCAN (capítulo XI)”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 7, núm. 19, enero-abril de 1996.
- GAZOL SANTAFÉ, Antonio (ed.), *El nacimiento del IMCE*, México, Selecciones y Documentos sobre la Actividad Económica en Latinoamérica, 1971,
- GÓMEZ PALACIO y GUTIÉRREZ ZAMORA, Ignacio, *Análisis de la Ley de Inversión Extranjera en México*, México, La Impresora Azteca, 1974.
- , *Derecho de los negocios internacionales. Arbitraje internacional, TLCAN, América Latina, CIADI*, México, Porrúa, 2006.
- , *Ley de Inversión Extranjera y su reglamento comentados*, México, Themis, 1989.

- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Aportación de México al arbitraje de inversión”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, vol. 6.
- GRAHAM, Edward M. y WILKIE, Christopher, “Acuerdos económicos regionales y firmas multinacionales: las disposiciones en materia de inversión en el TLCAN (NAFTA)”, *Ars Iuris*, México, núm. 21, 1999,
- HEFTYE ETIENNE, Fernando, “El capítulo de inversión del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica”, *Panorama jurídico del Tratado de Libre Comercio II*, México, Universidad Iberoamericana, Departamento de Derecho, 1993.
- KESSEL GEORGINA y KIM, Chong-Sup, “Desgravación arancelaria y reglas de origen”, en KESSEL, Georgina (comp.), *Lo negociado del TLC. Un análisis económico sobre el impacto sectorial del Tratado Trilateral de Libre Comercio*, México, ITAM, McGraw Hill, 1993.
- “Ley del 10. de febrero de 1856”, *Legislación mexicana, o sea Colección completa de las leyes, decretos y circulares que se han expedido desde la consumación de la Independencia*, México, Imprenta de Juan R. Navarro, 1856, t. enero-junio de 1856.
- “Ley sobre extranjería y nacionalidad de los habitantes de la República, 30 de enero de 1854”, *Legislación mexicana, o sea Colección completa de las leyes, decretos y circulares que se han expedido desde la consumación de la independencia*, México, Imprenta de Juan R. Navarro, 1854, t. enero a mayo de 1854.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, “El impacto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en los sistemas jurídicos del continente americano”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, México, año II, núm. 3, enero-junio de 2005.
- LUCERO M., Miguel Ángel, “El régimen jurídico mexicano sobre la inversión extranjera directa. Una bibliografía”, *Comercio Exterior*, México, vol. 33, núm. 2, febrero de 1983.
- MORENO VILICAÑA, Elizabeth X., “Limitaciones a la soberanía impuestas por el orden jurídico internacional”, *Ius UNLA*, Morrelia, Universidad Latina de América, Anuario 2004.

*NAFTA Chapter XI Investor - to State Cases: Bankrupting Democracy*, <http://www.citizen.org/documents/ACFI86.PDF>.

OLAIZ GONZÁLEZ, Jaime, “Claroscuros del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Algunas consideraciones a trece años de su entrada en vigor”, en BECERRA, Manuel *et al.* (coords.), *Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. II.

PÉREZ MIRANDA, Rafael, “La nueva legislación mexicana sobre inversión extranjera. Aspectos conceptuales”, *Cuadernos de Posgrado*, México, núm. 9, julio-diciembre de 1995.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel, “Algunos aspectos del sistema de solución de controversias en el tratado norteamericano de libre comercio”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 23, 1994.

RÁBAGO DORBECKER, Miguel, *Derecho de la inversión extranjera en México*, México, Porrúa, Universidad Iberoamericana, 2004.

RAMÍREZ DE LA O., Rogelio, “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte desde una perspectiva mexicana”, en GLOBERMAN, Steven y WALKER, Michael (comps.), *El TLC. Un enfoque trinacional*, trad. de Mónica Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

ROSAS, María Cristina, *México y la política comercial externa de las grandes potencias*, México, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Instituto de Investigaciones Económicas-Miguel Ángel Porrúa, 1999.

SENADO DE LA REPÚBLICA, “Inversión extranjera directa”, *Análisis de los efectos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en la economía mexicana: Una visión sectorial a cinco años de distancia*, México, Senado de la República, LVII Legislatura, 2000, t. I.

SEPÚLVEDA AMOR, Bernardo, “Inversión extranjera, deuda externa y comercio exterior: notas sobre el orden jurídico mexicano”, *Anuario Jurídico*, México, 1980, t. VII.

SIQUEIROS, José Luis, “La inversión extranjera: ¿de regulación a

- promoción?”, *El Foro, órgano de la Barra Mexicana Colegio de Abogados*, México, Decimotercera Época, t. XVII, núm. 2, segundo semestre de 2004.
- VALLARTA, Ignacio, *Exposición de motivos del Proyecto de Ley sobre extranjería y naturalización, que por encargo de la Secretaría de Relaciones Exteriores ha hecho el Sr. Lic...*, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1885.
- VEGA CÁNOVAS, Gustavo, “El TLCAN: el punto de vista de México”, en OLLOQUI, José Juan de, *Jornadas sobre México y los tratados de libre comercio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- VILLARREAL CORRALES, Lucinda, *TLC. Las reformas legislativas para el libre comercio 1991-2001*, 3a. ed., prólogo de Jorge Witker, México, Porrúa, 2001.
- VILLARREAL, René, “Del proyecto de crecimiento y sustitución de importaciones al desarrollo y sustitución de exportaciones”, *El comercio exterior de México*, México, Instituto Mexicano de Comercio Exterior, Academia de Arbitraje y Comercio Internacional Siglo XXI, 1982, t. I.
- WIONCZECK, Miguel S., *El nacionalismo mexicano y la inversión extranjera*, México, Siglo XXI, 1967.