

CAPÍTULO XI DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE: INVERSIÓN

Fernando HEFTYE ETIENNE

SUMARIO: I. Consideraciones generales sobre la inversión extranjera directa; II. El régimen de inversión en Norteamérica; III. La justificación de un capítulo de inversión en el TLCAN; IV. Contenido y alcance del capítulo XI; V. Principios generales y régimen de excepción; VI. Solución de controversias inversionista-Estado; VII. Impacto del capítulo XI en la legislación doméstica; VIII. Perspectivas en materia de IED.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA

El fenómeno de la inversión extranjera directa (IED) siempre suscita polémica no sólo porque de su análisis se desprenden posturas ideológicas generalmente antagónicas, sino también por su carácter esencialmente interdisciplinario.

El presente ensayo no pretende adentrarse en matices ideológicos sino únicamente describir, desde una óptica jurídica, la razón de ser, el contenido y el potencial impacto del capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (TLCAN).

No deja de llamar poderosamente la atención, el cambio radical de actitud de los países en vías de desarrollo frente a la IED. En la década de los setentas, el énfasis se centró en la regulación de la conducta de las empresas transnacionales, agentes económicos que fungen como vehículo de la IED.¹

1 En los países de América Latina, proliferaron los ordenamientos tendentes a regular la presencia

Ya en los ochentas, se empieza a percibir una transición de lo regulatorio hacia una política promocional de esos capitales, proceso que alcanza su cúspide en la presente década.

Lo anterior tiene una justificación de carácter económico en la cual no profundizaremos por razones de espacio. Basta simplemente señalar que ante la aguda reestructuración que ha sufrido la comunidad internacional en los últimos años, las políticas de libre mercado y apertura económica son las que se han instrumentado en la inmensa mayoría de los países del orbe. Este modelo económico, bien sea que haya sido adoptado por voluntad o por necesidad, supone irremediamente, una política de apertura y de promoción al capital extranjero.

Los regímenes de inversión extranjera han sido modificados radicalmente en los distintos países en vías de desarrollo ya que el capital foráneo se percibe como indispensable para complementar el ahorro interno y coadyuvar a la reactivación económica.²

La competencia que se ha desatado a nivel mundial para captar estos capitales no hace sino confirmar esta tendencia que parece irreversible. Los modelos económicos de corte proteccionista parecen condenados al fracaso ante una economía mundial caracterizada por la globalización e interdependencia. Dentro de este marco de competencia, es necesario resaltar que tan sólo un porcentaje mínimo de los recursos que fluyen a nivel mundial, se destinan al mundo en desarrollo, lo que demuestra lo indefendible que resulta la tesis de que la IED es fundamentalmente un instrumento utilizado por los países desarrollados para explotar las economías y absorber los recursos naturales y materias primas de los países en vías de desarrollo.³

II. EL RÉGIMEN DE INVERSIÓN EN NORTEAMÉRICA

Los tres países integrantes de la región de Norteamérica han tenido diferentes actitudes frente al fenómeno de la inversión extranjera. Tratare-

del capital foráneo de entre los cuales destaca la Decisión 24 adoptada por el pacto Andino.

² Prácticamente todos los países en vías de desarrollo han modificado sus legislaciones en materia de IED en los últimos años. Para un análisis de la tendencia en estos países, véase *Survey on improvements of conditions for investment in the Developing World*, European Round Table of Industrialists, Bruselas, Bélgica, 1992.

³ Conforme a cifras del Fondo Monetario Internacional, en el trienio 1989-1991, la IED destinada a los países en vías de desarrollo sólo representó 21.5% de los flujos mundiales de inversión. "Balance of Payments Statistics", *International Monetary Fund, YearBook*, 1992.

mos de resumir la legislación vigente en cada uno de ellos para detectar los puntos de coincidencia y aquellos de divergencia, mismos que se reflejaron fielmente en la postura que asumió cada uno de esos países en el marco de la negociación del capítulo XI del TLCAN.

A. Estados Unidos de Norteamérica

Se puede afirmar que el régimen de inversión vigente en Estados Unidos es el más liberal de la región. Lo anterior es resultado directo de que esa nación se considera el paladín del libre comercio e inversión en el mundo y por supuesto, de la presencia y peso de las empresas transnacionales en el sistema económico estadounidense.

Aún así, existen algunas restricciones para el capital foráneo. Destaca la creación de la Exon-Florio Act ⁴ que exige la notificación al poder ejecutivo de aquellas adquisiciones de empresas estadounidenses por inversionistas extranjeros, reservándose la facultad de bloquear dicha adquisición por razones de seguridad nacional. Si bien en la práctica reciente, dicha facultad sólo ha sido ejercida en una ocasión⁵, siempre quedará abierta la posibilidad para que en el futuro se ensanche la interpretación de lo que se considera seguridad nacional y este mecanismo de revisión se convierta en un verdadero obstáculo para frenar los flujos de inversión hacia ese país.⁶

Además de esta limitación de carácter transectorial, existen también restricciones al capital foráneo en sectores específicos. Destaca en particular la exclusión de IED en transporte marítimo como resultado de la aplicación de la *Jones Act*.⁷ Asimismo, existen impedimentos en energía atómica, telecomunicaciones, minería, transporte aéreo y agencias aduanales.

4 La Defense Production Act fue reformada para incluir la propuesta Exon-Florio. En ésta se contempla la creación del Comité de los Estados Unidos para la Inversión Extranjera que es la autoridad administrativa que revisa adquisiciones por extranjeros de empresas estadounidenses. Para una descripción del régimen jurídico en Estados Unidos, véase Foreign Direct Investment in the United States, Edward M. Graham y Paul R. Krugman, Institute for International Economics, Segunda Edición, Washington, D.C., 1991.

5 Fue el caso de una compañía de nacionalidad China llamada CATIC a la que se le impidió adquirir Mamco Manufacturing Company, empresa estadounidense que fabrica partes para aviones.

6 Para un análisis de la aplicabilidad de la Exon-Florio Act, véase United States Policies and Laws affecting Foreign Direct Investment, Alden F. Abbott, United States-Mexico Legal Seminar, junio 25-26, 1990, compilado por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial y el U.S. Department of Commerce.

7 Véase el *Jones Waiver Statute* que data de principios de siglo y que al igual que otras legislaciones protege al sector marítimo.

En los demás sectores de la economía, se puede afirmar que el capital foráneo goza de plena apertura, lo que confirma la naturaleza liberal del régimen de inversión en dicho país. Tan es así, que ese país es el principal receptor de los flujos mundiales de inversión.⁸

B. Canadá

El régimen de inversión prevaleciente en Canadá es relativamente liberal, tendencia que se confirmó al suscribir éste país su tratado de libre comercio con los Estados Unidos.⁹

Sin embargo, Canadá pone particular énfasis al excluir la participación de la inversión extranjera de las llamadas “industrias culturales”, concepto que comprende a diversos sectores de la actividad económica como radio y televisión, publicidad, edición de periódicos, etcétera.

Canadá mantiene una autoridad que supervisa y autoriza la adquisición tanto directa como indirecta de empresas canadienses por inversionistas extranjeros, conocida como *Investment Canada*.¹⁰ Destaca el hecho de que si el adquirente es un inversionista estadounidense o mexicano (de entrar en vigor el TLCAN), los umbrales para la adquisición son más elevados que si se tratase de un inversionista de cualquier otro país.¹¹

También existen limitaciones sectoriales para la participación de la IED en ciertos rubros de la actividad económica como transporte aéreo, marítimo y terrestre; agencias aduanales, tratamiento de uranio y energía.

En general, se puede afirmar que el régimen de inversión en Canadá es abierto, aunque se excluye la participación del capital foráneo en algunos sectores de la economía y se mantiene la facultad de autorización sobre las adquisiciones de empresas canadienses por inversionistas extranjeros.

⁸ En el periodo 1989-1991, Estados Unidos recibió el 23.16% de los flujos mundiales de inversión, véase “Balance of Payments Statistics”, IMF, *Yearbook, op. cit.*

⁹ Dicho Tratado entró en vigor el primero de enero de 1989.

¹⁰ Investment Canada fue establecida en junio de 1985 y sustituyó a la Foreign Investment Review Agency (FIRA) que tenía facultades más amplias de revisión de los proyectos de IED. Véase “The opportunities and challenges of North American Free Trade”, *Investment Canada, Working Paper*, number 1, abril de 1991, p. 42.

¹¹ En el Tratado Bilateral de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos, se acordó el incremento gradual de los umbrales durante el periodo 1989-1992 hasta llegar a 150 millones de dólares para adquisiciones directas y la eliminación del procedimiento de revisión para las adquisiciones indirectas.

C. México

Comparativamente, el régimen vigente de inversión extranjera en México es mucho más restrictivo que aquellos de Estados Unidos y Canadá.

Lo anterior se explica en razón del menor grado de desarrollo de nuestro país y encuentra su sustento en consideraciones de índole histórica. Tal y como se mencionó anteriormente, al ser México un país en vías de desarrollo, se expidió legislación tendente a regular la presencia del capital foráneo durante los setentas.¹²

Sin embargo, las cambiantes condiciones de la economía propiciaron que la actitud hacia la IED sufriera un cambio radical en las últimas décadas, desde el énfasis regulatorio prevaleciente en los setentas, pasando por una etapa de “promoción activa y selectiva de la IED” en los ochentas,¹³ hasta nuestros días en los que se ha entrado de lleno en una labor permanente de promoción al capital foráneo.¹⁴

Al iniciarse la administración del presidente Carlos Salinas de Gortari la estrategia económica contenida en el plan de gobierno claramente consideraba al capital extranjero como un instrumento esencial para soportar la apertura económica y modernizar al aparato productivo nacional. Como un primer paso para demostrar la postura de la nueva administración frente a la IED, se expide el Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera,¹⁵ de cuyo contenido se desprenden tres objetivos fundamentales:

- i. Simplificar los procedimientos administrativos.
- ii. Abrir más sectores a la participación del capital extranjero.
- iii. Facilitar el ingreso del capital foráneo a la Bolsa Mexicana de Valores.

En lo que toca al primer objetivo, por primera vez se plantea un procedimiento automático, a través del cual, inversionistas extranjeros podrían

12 Se expidieron la Ley para el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología en 1972, la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera (LIE) en 1973 y la Ley de Inventiones y Marcas en 1976, entre otras.

13 La política de esa época en la materia, está contenida en los Lineamientos sobre Inversiones Extranjeras y Propósitos de su Promoción, publicados el 17 de febrero de 1984.

14 Ya el Plan Nacional de Desarrollo establece que “La inversión extranjera directa, complementaria de la nacional, es benéfica por cuatro razones principales: genera empleos, directos e indirectos, permanentes y bien remunerados; provee al país recursos frescos para el sano financiamiento de las empresas; aporta tecnologías modernas a la planta industrial y alienta el esfuerzo exportador del país. *Plan nacional de Desarrollo 1989-1994*, publicado por la Secretaría de Programación y Presupuesto, Primera Edición, México, 1989, p. 88.

15 Publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)*, el 16 de mayo de 1989.

constituir sociedades con capital social mayoritariamente extranjero, sin necesidad de recabar permiso alguno. Lo anterior se sujetaría al cumplimiento de determinadas condiciones y no se aplicaría para aquellos sectores económicos contenidos en una clasificación anexa al Reglamento.¹⁶

La apertura a la IED en algunos de los sectores previamente reservados a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros se contempla a través de la utilización del mecanismo de inversión temporal vía fideicomiso.¹⁷

Finalmente, se establece la figura de la inversión neutra para facilitar los flujos de IED hacia las sociedades que cotizan en la Bolsa Mexicana de Valores y propiciar la internacionalización del mercado de valores.¹⁸

Independientemente de los esfuerzos por flexibilizar las reglas del juego para los inversionistas extranjeros plasmados en el Reglamento, se puede afirmar que México mantiene un régimen restrictivo a la IED, por las siguientes razones:

1. Se preservan actividades reservadas al Estado.
2. Se mantienen ciertos sectores reservados a mexicanos y a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros.
3. Se conservan topes máximos de participación extranjera en otros sectores económicos.
4. El procedimiento automático se condiciona al cumplimiento de requisitos de desempeño económico.
5. En actividades “clasificadas”, se exige la autorización previa de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (CNIE), y
6. Se requiere autorización de la CNIE para la adquisición mayoritaria de sociedades mexicanas por inversionistas extranjeros.¹⁹

Estas razones, entre otras, confirman la aseveración de que desde una óptica comparativa, el régimen de inversión en México resulta ser mucho más restrictivo que aquellos de los Estados Unidos y Canadá. Si se toma como punto de partida la ley de 1973, altamente regulatoria, se debe llegar a la conclusión que ante la necesidad de captar mayores flujos de inversión es indispensable ajustar el marco jurídico en la materia para hacerlo consistente con la realidad económica que prevalece en el país. Si bien el

16 Artículo 5 del RLIE.

17 Artículos 23 al 26 del RLIE.

18 Artículos 13 al 15 del RLIE.

19 El artículo sexto transitorio del RLIE contemplaba un procedimiento automático para la adquisición de empresas mexicanas por inversionistas extranjeros, pero la vigencia de dicho precepto concluyó el 16 de mayo de 1992.

reglamento de 1989 marcó una pauta de la tendencia aperturista al capital foráneo, fue arduamente criticado por distintos juristas que señalaban que excedía lo dispuesto por la propia ley, rompiendo con el principio de “primacía de ley”. A la vez, algunos inversionistas extranjeros argumentaron que el mencionado reglamento no les brindaba la seguridad jurídica necesaria para arriesgar sus capitales en nuestro país, ya que era una reforma meramente administrativa que no otorgaba ni garantizaba permanencia.

No se pretende en este ensayo entrar a la discusión doctrinaria sobre la constitucionalidad del reglamento. De hecho, hay autores que siguen impugnando la constitucionalidad de la ley de 1973 y muchos otros aún tachan de inconstitucionales a las resoluciones generales de la CNIE. Se pueden esgrimir numerosos argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad de estos instrumentos. Considero que lo más sano es dejar su análisis, en su caso, al poder judicial y no entrar en polémicas interminables.

Pese a lo anterior, lo que es incuestionable es que el reglamento de 1989 propició que los flujos de IED hacia al país se incrementaran de manera impresionante. Por supuesto que ello no se deriva exclusivamente de la expedición de este ordenamiento, sino que es resultado de una serie de medidas macroeconómicas que se reflejaron en un mayor interés de la comunidad inversionista internacional por nuestro país. Pese a sus críticos, el reglamento brindó la suficiente seguridad jurídica a los inversionistas extranjeros para que los flujos de inversión hacia el país se multiplicarán.²⁰

En el último apartado de este ensayo nos referiremos a los ajustes que se darán al régimen jurídico de la IED en México. Si bien estas adecuaciones no son producto directo del TLCAN sí reflejan en gran medida lo acordado en el seno de las negociaciones del capítulo XI. Cabe resaltar, sin embargo, que la ley vigente data de 1973, por lo que es imperioso proponer un ordenamiento que pueda convertirse en un elemento que dote de plena seguridad jurídica al potencial inversionista extranjero para que México continúe destacando en la competencia por atraer capital externo.

²⁰ Las cifras a septiembre de 1993 indican que México recibió IED por 34,056.2 millones de dólares durante el periodo de la administración del presidente Salinas de Gortari.

III. LA JUSTIFICACIÓN DE UN CAPÍTULO DE INVERSIÓN EN EL TLCAN

La iniciativa para negociar un TLCAN entre los países de Norteamérica encontró en sus albores como objetivo fundamental, crear un bloque regional en el cual pudieran fluir libremente bienes y servicios. De esta manera, las economías de los tres países se complementarían y se podrían combinar sus ventajas competitivas para producir bienes y servicios de calidad y precio internacionales y enfrentar exitosamente la competencia de otros bloques comerciales regionales.

El mercado que se generaría a raíz del establecimiento de esta zona de libre comercio superaría inclusive al de la Comunidad Económica Europea por lo que los objetivos de índole comercial se verían plenamente satisfechos al conjugar en una sola zona, un PIB agregado de 6 millones de millones de dólares estadounidenses.²¹

Sin embargo, a diferencia de otros acuerdos de naturaleza comercial tanto a nivel bilateral como multilateral, se decidió integrar un capítulo sobre inversión para complementar la dinámica de las tres economías involucradas y ofrecer un marco de certidumbre al capital que deseara establecerse o expandirse en la zona.

El vínculo entre comercio e inversión es ineludible, máxime que las empresas transnacionales son los agentes económicos más dinámicos en el marco del comercio mundial y las protagonistas esenciales del fenómeno de la IED.

Por otra parte, uno de los objetivos centrales de México al suscribir el TLCAN consiste en que los capitales extranjeros continúen fluyendo para generar empleos, atraer tecnología y poder sacar provecho de los canales de comercialización que ofrecen las redes de distribución de las empresas transnacionales con el fin de colocar productos mexicanos en los mercados internacionales.

Con el capítulo de inversión, México ofrece al potencial inversionista extranjero no sólo un mercado interno de suyo atractivo, sino también la posibilidad de tener acceso al mercado ampliado de Norteamérica. Si a ello agregamos las ventajas competitivas con las que ya cuenta México, el TLCAN se convierte en un incentivo adicional para la IED y el capítulo XI,

21 *El ABC del TLC*, Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, 1991, p. 7.

en particular, en el vehículo idóneo para que el inversionista extranjero encuentre la seguridad necesaria y concrete sus proyectos de inversión.

En síntesis, el capítulo XI del TLCAN pretende crear un clima atractivo para promover la IED hacia la región, de tal suerte que pueda aprovecharse del régimen comercial preferente y coadyuve a incrementar los flujos comerciales en la zona.

IV. CONTENIDO Y ALCANCE DEL CAPÍTULO XI

El capítulo XI está dividido en dos secciones: la sección A contiene 14 artículos y enmarca los principios y reglas generales en materia de inversión. La sección B abarca 25 artículos que se refieren al procedimiento de solución de controversias inversionista-Estado.

Si bien la primera impresión es que el capítulo XI aparenta ser muy escueto, el alcance de sus principios y el nivel de obligaciones que genera para las Partes lo convierte en un capítulo muy rico en cuanto a su contenido. Además, una parte esencial del mismo está constituido por los anexos que las partes agregaron como excepciones al cumplimiento de los principios contenidos en el capítulo. De hecho, las excepciones al capítulo XI son numerosas y no deben soslayarse al estudiar las disciplinas, ya que proporcionan la medida justa en la que cada una de las partes se comprometió a cumplirlas.

En cuanto a su alcance, el artículo 1101 precisa el ámbito de aplicación del capítulo y la extensión de las obligaciones contenidas en el mismo. Al respecto, reviste particular relevancia detectar a quienes se les aplica el capítulo, es decir, qué tipo de sujetos y de actos quedan protegidos por sus disposiciones.

En el caso de México, el capítulo XI protege a las inversiones provenientes de personas físicas o morales estadounidenses o canadienses. Tratándose de personas morales, basta con que estén constituidas en cualquiera de esos dos países y, de ser controladas por inversionistas ajenos a la región, se exige además, que “lleven a cabo actividades empresariales substantivas”.²² Por lo anterior, el capítulo XI se hace extensivo a inversionistas de otros países, en la medida en que tengan sociedades constituidas en la región y lleven a cabo actividades empresariales substantivas. Si bien el término “substanti-

22 Artículo 1113.

vas” queda sujeto a interpretación, este requisito pretende evitar que inversionistas de países ajenos a Norteamérica constituyan empresas “de papel” para beneficiarse del capítulo de inversión.

El concepto de “inversión” que se adopta es bastante amplio y abarca prácticamente a cualquier transferencia de recursos hacia el territorio de alguna de las partes. Por inversión se debe entonces entender, no sólo la participación accionaria en sociedades establecidas, sino también los préstamos matriz-subsidiaria y aquellos cuyo vencimiento sea mayor a tres años, bienes raíces, propiedad intelectual, etcétera.²³ Cabe destacar que dada la dinámica que ha mostrado el fenómeno de la inversión extranjera en los últimos años, se pretenden cubrir las distintas modalidades o formas en que ésta puede manifestarse en la economía receptora de sus recursos.

El punto 2 del artículo 1101 se refiere al Anexo III y contempla que una Parte tiene el derecho de desempeñar exclusivamente las actividades señaladas en dicho anexo y “negarse a autorizar el establecimiento de inversiones en tales actividades”. El Anexo III describe las actividades reservadas al Estado y aplica únicamente para el caso de México, ya que ni Canadá ni Estados Unidos mantienen sectores económicos reservados para el Estado. Si bien son actividades desempeñadas por el Estado, dada la amplitud del concepto de “inversión”, si lo aplicamos cabalmente, en la actualidad encontraríamos inversión privada en dichas actividades. Por ello, la facultad de México se circunscribe a “negarse a autorizar el establecimiento de inversiones”, de tal suerte que las “inversiones” ya establecidas en dichas actividades, quedan cubiertas por el capítulo XI.

El punto 3 consigna que el capítulo XI no se aplicará a las medidas que adopten las partes en la medida en que estén comprendidas en el capítulo de servicios financieros. Lo anterior obedece a que esa materia se negoció en lo particular e incluye disposiciones específicas en materia de apertura sectorial para la inversión extranjera.

Finalmente, el punto 4 contiene una referencia a ciertas actividades que por su propia naturaleza, son inherentes a la administración pública tales como bienestar social, educación pública, salud, etcétera, materias a las que no se aplicarán las disciplinas del capítulo.

Para precisar el alcance del capítulo XI es necesario hacer referencia al artículo 1113 que describe la relación con otros capítulos del TLCAN.

23 Véase la definición de “inversión” contenida en el artículo 1139.

La regla general está incluida en el punto 1 y determina que en caso de incompatibilidad entre las disposiciones de este capítulo con las de otro capítulo, prevalecerán las de éste último en la medida de la incompatibilidad. Con ello se quiso preservar la relativa autonomía de los distintos capítulos ya que éstos fueron negociados por separado y, por lo tanto, su interpretación debe ser autocontenida.

El punto 2 de este precepto se refiere a la relación que se da con el capítulo de servicios transfronterizos. Al respecto, si un país exige a un prestador de servicios que deposite una fianza como condición para prestar un servicio, el capítulo de inversión sólo se aplicará en lo que toca a la fianza depositada. En lo demás, seguirá aplicándose el capítulo de servicios. La razón de este punto es precisar la línea divisoria entre ambos capítulos que puede entremezclarse cuando se exige el depósito de una fianza, ya que tales recursos quedan contenidos en la definición de inversión.

El siguiente rubro de este artículo es de especial importancia ya que describe aquellos casos en los que una parte puede negar los beneficios del capítulo XI.

Un primer supuesto se daría cuando la inversión esté controlada por inversionistas que sean nacionales de un Estado con el cual no se mantienen relaciones diplomáticas.

Un segundo caso se presentaría cuando a través de esa inversión, nacionales de un Estado con quién se tengan prohibidas las transacciones comerciales, traten de utilizarla como vehículo para eludir la prohibición.

A guisa de ejemplo, si Estados Unidos por medio de su legislación doméstica tiene prohibido que ciudadanos iraníes inviertan en su país, podría negarle las protecciones del capítulo a una sociedad canadiense controlada por ciudadanos iraníes aunque ésta llevase a cabo “actividades empresariales substantivas” en Canadá y, por lo tanto, quedara cubierta por la definición de “inversionista TLCAN”.

Finalmente, si una Parte alega que una empresa no lleva al cabo “actividades empresariales substantivas” en la región y pretende negarle los beneficios del capítulo, ello estaría sujeto a los procedimientos de notificación y consulta contemplados en los artículos 1803 y 2006.

De lo anterior se desprende que el capítulo XI no está cerrado a inversionistas de la región, sino que nacionales de países ajenos a la misma se pueden aprovechar de sus disciplinas si tienen subsidiarias establecidas en cualquiera de los tres países. Ello tiene particular relevancia para el diseño del nuevo marco jurídico en materia de inversión en México puesto que la

apertura sectorial que se negoció en el TLCAN se hará extensiva al resto de la comunidad inversionista internacional, ya que de otra manera, lo único que se propiciaría sería que la inversión en México se canalice a través de las subsidiarias norteamericanas o canadienses controladas por nacionales ajenos al bloque.

V. PRINCIPIOS GENERALES Y RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN

La estructura del capítulo XI está diseñada de tal forma que se pueden desprender seis principios de carácter general que las partes se comprometen a respetar con respecto a las inversiones cubiertas por el mismo:

- a) apertura sectorial,
- b) trato a la inversión,
- c) requisitos de desempeño,
- d) transferencias,
- e) expropiación y compensación, y
- f) solución de controversias inversionista-Estado.

Como ya se mencionó, las partes aceptaron en lo general, respetar estos principios, sin embargo, cada una de ellas presentó anexos que contienen las excepciones a estas disciplinas, mismas que responden a limitantes impuestas por sus respectivos regímenes nacionales.

A continuación se analizarán cada uno de estos principios o disciplinas generales, culminando con una evaluación de las excepciones contenidas en los anexos de los tres países.

A. *Apertura sectorial*

Al describir los regímenes de inversión vigentes en los países de Norteamérica, la conclusión que se obtuvo fue que el régimen en los Estados Unidos es muy abierto, el de Canadá es relativamente abierto y el de México muy cerrado.

En este contexto, en el marco de la negociación de apertura sectorial, los resultados arrojan la manutención del *status quo* en los Estados Unidos, una apertura discreta en el caso de Canadá y una mayor apertura en el de México.

Para efectos de comprender cabalmente el resultado de la apertura sectorial negociada, es indispensable acudir a los anexos que contienen las excepciones que introdujeron cada uno de los países.

En el caso de los Estados Unidos, los anexos reflejan que el régimen vigente para la inversión extranjera fue consolidado, es decir, se mantiene la facultad del Ejecutivo de bloquear las adquisiciones por extranjeros de empresas estadounidenses por razones de seguridad nacional y se preservan las restricciones en sectores específicos (energía atómica, telecomunicaciones, transporte aéreo y marítimo y agentes aduanales). Se mantienen también ciertas restricciones que operan en los sectores de minería, transporte terrestre, intermediarios para la exportación y servicios legales.

Desde la óptica de los negociadores canadienses, la principal preocupación radicaba en que la facultad del Ejecutivo estadounidense para bloquear adquisiciones de empresas por parte de extranjeros se ampliara para incluir razones no sólo de seguridad nacional, sino también razones de “seguridad económica”. Al respecto, ya se han presentado diversas iniciativas al Congreso estadounidense para ampliar los criterios que puede aplicar el Ejecutivo para impedir dichas adquisiciones. En esa medida, la consolidación de la *Exon-Florio Act* representa cierta garantía aunque no se puede evitar la discrecionalidad en la determinación de lo que debe entenderse por “seguridad nacional”.

En el caso de Canadá, la única modificación significativa fue el incremento de los umbrales bajo los cuales las adquisiciones de empresas canadienses por parte de inversionistas estadounidenses o mexicanos no estarán sujetas a la revisión de Investment Canada. En lo demás, se mantiene el régimen actual, con restricciones en lo relativo a “industrias culturales”, pesca, transporte aéreo y marítimo, energía nuclear y agencias aduanales, y algunas limitaciones en adquisición de tierras, tiendas libres de impuestos, petróleo y gas y transporte terrestre.

Finalmente, la obligación de apertura sectorial asumida por México, si bien discrepa del régimen vigente en materia de inversión extranjera, refleja la necesidad de atraer capital extranjero a ciertos sectores de la economía y es acorde con la práctica administrativa instrumentada por las autoridades en la materia en los últimos años.

La actitud asumida durante la negociación fue la de preservar limitantes a la inversión extranjera en aquellos sectores considerados estratégicos o prioritarios. Fuera de estos sectores la posición es la de permitir inversión extranjera hasta el 100% sin necesidad de recabar autorizaciones previas.

Otro elemento de preocupación fue la posibilidad de propiciar una extranjerización desmedida de la planta productiva nacional. En este sentido, se estaría captando inversión “sustituta”, más que inversión “nueva”. Por ello se fijaron reglas claras que exigen de autorización de la CNIE cuando se pretendan adquirir empresas mexicanas cuyo valor total de activos exceda un cierto umbral. Con ello se pretende mantener un mecanismo de revisión cuando se trate de la adquisición de empresas que tienen un peso específico en la economía nacional. La intención no es negar este tipo de adquisiciones por parte de inversionistas extranjeros, sino comprobar que existen beneficios netos para el país en términos de inversiones adicionales, incremento de la competitividad de la empresa, una mayor generación de empleos, etcétera.

Un principio que permeó la negociación fue preservar aquellas actividades reservadas al Estado por mandato constitucional. En el Anexo III se detallan dichas actividades y, en el futuro, si México decide privatizar alguno de estos sectores, se mantiene la posibilidad de excluir la participación extranjera en las mismas. Si bien algunos críticos del TLCAN aducen que esta disposición contiene una “privatización anunciada”, el hecho es que, de no haberse incluido, automáticamente se hubiera aplicado el principio de trato nacional impidiendo, por ende, la exclusión de la IED en el sector liberalizado.

Se mantuvieron asimismo aquellas actividades reservadas a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros que contempla la legislación actual. La única que contiene una calendarización para permitir la participación del capital extranjero es el transporte terrestre y, aún en este caso, la liberalización aplica exclusivamente para el transporte terrestre “internacional”.

Dentro de este mismo rubro de actividades, se abre la posibilidad de IED en transporte aéreo hasta el 25%. Cabe destacar que es el mismo límite al capital foráneo que contempla la legislación estadounidense.

Asimismo, la prestación de ciertos servicios profesionales se mantiene reservada a mexicanos. Tal es el caso de los notarios y corredores públicos y los agentes aduanales. En lo que concierne a las actividades en las que se permite IED hasta ciertos porcentajes, destaca la apertura en los siguientes sectores:

Minería. Los límites de 34% y 49% desaparecen en forma gradual. De inicio se permite IED hasta el 49% y durante un período de 5 años contados

a partir de la entrada en vigor del TLCAN, se requerirá autorización de la CNIE para que la IED pueda rebasar dicho porcentaje.²⁴

Protección secundaria. El límite del 40% se elimina y la IED podrá detentar hasta el 100% sin permiso previo.

Autopartes. El límite del 40% se eleva al 49%. Durante cinco años se requerirá la autorización de la CNIE para que la IED pueda participar en forma mayoritaria. Prevalece el concepto de "proveedor nacional" en el que se permite IED hasta el 100%.²⁵

Construcción. Si la IED desea rebasar el 49%, se exigirá autorización de la CNIE. Esta limitante se mantiene por cinco años.

Televisión por cable. Se permitirá IED hasta el 49%.²⁶

Servicios de valor agregado en telecomunicaciones. Se permite IED hasta el 100%, salvo en los servicios de videotexto y conmutación en paquete en los que se permite hasta el 49% hasta el primero de julio de 1995, cuando se podrá detentar hasta el 100%.

En los demás sectores, se mantienen los límites específicos para la participación del capital foráneo, por ejemplo, en pesca(49%); fabricación de explosivos (49%); acciones serie "T" sobre tierras agrícolas (49%), y en otros como en educación, se preserva la necesidad de obtener la resolución previa de la CNIE para que la IED rebase el 49%.

Resulta particularmente importante destacar que los tres países asumieron el compromiso de que una vez liberalizado un sector, en el futuro no podrán volverlo a restringir. Lo anterior es aplicable inclusive si el sector en cuestión fue objeto originalmente de una reserva total.

Tal parecería que la apertura sectorial negociada por México no hace sino liberalizar gradualmente algunos sectores de la actividad económica, pero manteniendo las limitaciones a la inversión extranjera en un gran número de actividades. Al respecto, cabría apuntar que en el fondo, la liberalización más importante se da en el resto de los sectores de la economía, ya que se establece que la inversión extranjera podrá participar hasta el 100% en las áreas "no reservadas", sin necesidad de permiso previo. Si a ello le aunamos la obligación que asumieron los tres países de no condicionar ningún proyecto de inversión al cumplimiento de requisitos de desempeño, encon-

²⁴ La Ley Minera publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 26 de junio de 1992, eliminó la distinción entre concesiones ordinarias y especiales y por ende, el límite del 34% a la IED.

²⁵ Véase el *Decreto de Modernización de la Industria Automotriz*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 11 de diciembre de 1989.

²⁶ La reforma al Reglamento del Servicio de Televisión por Cable publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 23 de agosto de 1993, abre esta posibilidad a la IED.

tramos que existirá total libertad para el capital foráneo en aquellos sectores que México no se reservó en los anexos respectivos.

Finalmente, conviene destacar que la política de apertura al capital extranjero instrumentada en los últimos años encuentra eco en esta posición. Si bien, en ciertas áreas de la actividad económica conviene conservar algún tipo de limitante, en la mayoría de ellas la IED es bienvenida y se le debe dejar incorporarse libremente y expandirse al ritmo que marquen sus propias necesidades.

Habrán quienes critiquen el hecho de que aún permanecen numerosas actividades vedadas o restringidas al capital foráneo, pero paradójicamente, muchos otros señalarán que la apertura sectorial acordada por México significa la pérdida de la independencia económica. Bastaría únicamente recordar que el fenómeno de la IED se caracteriza precisamente por su alto contenido ideológico y la actitud que se adopte frente al mismo jamás podrá obtener elogios unánimes ni conciliar posturas esencialmente antagónicas. La apertura sectorial negociada pretende ser ecléctica, pero sobre todo, busca dar respuesta a las necesidades concretas de los diversos sectores económicos del país. Dada la dinámica que muestra la economía mexicana, el grado de la apertura deberá ajustarse paulatinamente a las exigencias que demande el ritmo de crecimiento del país.

B. Trato a la inversión

Un segundo elemento incorporado al Capítulo XI es el trato que el país huésped debe dar a la inversión extranjera. La premisa fundamental debe sustentarse en el hecho de que el propio Capítulo tiene como objetivo total brindar seguridad jurídica al capital foráneo para que éste contribuya al desarrollo de la región.

Partiendo de esa base, refrendar actitudes discriminatorias frente a la IED echa por tierra las expectativas de que la zona de libre comercio se convierta en un imán para el capital extranjero y en un elemento catalizador en materia económica.

Por lo anterior, la disciplina de trato a la inversión adopta tres modalidades que pretenden, ante todo, garantizar al capital foráneo proveniente de los inversionistas de la región, un trato no discriminatorio que le ofrezca seguridad jurídica y propicie su presencia y expansión en la zona de Norteamérica.

A continuación describiremos las tres modalidades que integran esta disciplina.

a) Principio de trato nacional

Este principio se contempla no sólo en el Capítulo XI sino también en el resto del TLCAN. Constituye la piedra angular de todo esquema de libre comercio y encuentra particular importancia en el rubro de inversión. Tan es así, que pese a la carencia de un acuerdo de índole multilateral que regule a la IED, en organismos como la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) que pone especial énfasis en la necesidad de eliminar las barreras al capital foráneo, el principal instrumento que rige los flujos de capital entre los países miembros es el de trato nacional.²⁷

La esencia del principio de trato nacional consiste en que ninguno de los Estados Parte podrá otorgar a la inversión extranjera un trato menos favorable del que otorga a sus propios inversionistas.

La obligación se aplica no sólo en lo que toca al establecimiento de la inversión, sino también en lo que atañe a su expansión, conducción, operación, etcétera, es decir, abarca todos los actos inherentes a un proyecto de inversión.

Básicamente, este principio exige que el gobierno anfitrión de una inversión, no discrimine en contra de ésta en razón del origen de su capital. La filosofía que subyace es que los proyectos de inversión no tienen nacionalidad y que deben recibir el mismo trato que aquellos auspiciados por inversionistas nacionales.

Al igual que en las otras disciplinas contenidas en el capítulo, los tres países formularon reservas a este principio, el cual está íntimamente vinculado al grado de apertura sectorial comprometida por cada uno de ellos.

Si bien en los países de la región prevalece un sistema federal, debido a posibles regulaciones discriminatorias a nivel subfederal, se acordó que el principio de trato nacional no aplicará a las medidas existentes a ese nivel durante un periodo de dos años contados a partir de la fecha de entrada en vigor del tratado. Durante ese periodo, los tres países se comprometieron a verificar la posible existencia y alcance de medidas discriminatorias y a listarlas en el anexo respectivo. Una vez transcurrido ese lapso, la obligación

27 Véase el Instrumento de Trato Nacional de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos que forma parte de la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multilaterales publicada por dicha Organización en 1976.

de otorgar trato nacional será absoluta respecto de todos los sectores no listados, independientemente del nivel de gobierno que los imponga.²⁸

b) Trato de nación más favorecida

Otro ingrediente del trato que los estados parte deben conferir a las inversiones cubiertas por el capítulo es el de nación más favorecida (NMF), piedra angular de los convenios comerciales como el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT).

El principio de NMF consiste en la obligación de hacer extensivo a los inversionistas del TLCAN aquellos beneficios que cualquiera de las partes otorgue a inversionistas ajenos a la región. Con ello se asegura, si no un trato preferencial, al menos uno equitativo para las inversiones provenientes de la zona, de tal suerte de que se verán automáticamente beneficiadas de cualquier medida adicional de liberalización o protección que adopte cualquiera de los socios comerciales con otros países.

El artículo 1104 contempla que en todo caso, las partes brindarán a las inversiones de otra parte el mejor de los tratos requeridos por los artículos 1102 (trato nacional) y 1103 (trato de NMF). Lo anterior no refleja sino el hecho de que los inversionistas de la zona recibirán el mejor trato posible.

Por último y al igual que en los otros principios, las partes se excluyeron de la aplicación de esta disciplina en sectores específicos o respecto de ciertos acuerdos, lo que será analizado posteriormente.

c) Trato mínimo

El tercer elemento del trato que se debe otorgar a los inversionistas TLCAN se refiere al nivel mínimo de trato que debe de conferírseles. Al respecto, el artículo 1105 contempla que les será otorgado un “trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”.

Tal parecería de que dicho nivel mínimo de trato resulta superfluo, toda vez que los derechos que todo inversionista extranjero posee conforme al derecho internacional no necesitan ser confirmados por una disposición de esta naturaleza. Empero, y tomando en consideración que el objetivo central del capítulo es brindar seguridad jurídica a la IED, esta obligación refleja

28 Artículo 1108.

la voluntad de las partes de proteger al capital foráneo, en todo caso, conforme lo dispone el derecho internacional.

En el supuesto de que una inversión cubierta por el capítulo sufra pérdidas derivadas de un conflicto armado o contienda civil, las partes se comprometen a no discriminar en su contra en caso de que adopte alguna medida para remediar dichas pérdidas. Nuevamente, lo que prevalece en esencia, es el principio de no discriminación en razón del origen del capital de la empresa en cuestión. Esta obligación no se aplica en el caso de medidas vigentes relacionadas con subsidios o subvenciones que sean incompatibles con la obligación de otorgar trato nacional. Esta excepción abarca a la legislación vigente en los tres países que contemple el otorgamiento de ayuda extraordinaria de manera discriminatoria, es decir, exclusivamente para nacionales del Estado en cuestión.

C. Requisitos de desempeño

Durante los periodos de regulación a la IED, los países en desarrollo solían condicionar el establecimiento y la expansión de los proyectos al cumplimiento de ciertos requisitos de desempeño o comportamiento económico, para tratar de maximizar por esa vía, los beneficios para el país anfitrión de la inversión.

Dicha política hacia la IED exigía que se cumplieran con programas de balanza de divisas, grados de integración nacional crecientes, programas de exportación y en general, condicionantes de tipo económico que repercutían directamente en el accionar de la empresa.

La imposición de este tipo de requisitos se explica, aunque no por ello se justifica, dentro de un esquema de desarrollo basado en el modelo de sustitución de importaciones y sustentado en un espíritu proteccionista. Evidentemente que en algunos casos, la exigibilidad de este tipo de condicionantes orilló a la empresa transnacional a reacomodar sus estrategias corporativas y a relocalizar tanto sus fuentes de proveeduría como los destinos de sus productos o servicios. Empero, en otros proyectos, este tipo de requisitos inhibió a la empresa transnacional y frenó al flujo de inversiones, ya que era preferible atacar al mercado mexicano vía exportaciones en vez de ceñirse al cumplimiento de estas condiciones.

Tan es relevante el tema de la imposición de requisitos de comportamiento, que es uno de los tópicos nuevos a discusión en el seno del GATT. Si

bien aparenta ser una materia eminentemente de inversión extranjera, los requisitos de desempeño inciden en los flujos comerciales toda vez que repercuten directamente en la conducta comercial de las empresas sujetas a su cumplimiento.

En una atmósfera tendente a promover a la IED y en el contexto de una política de apertura económica, fijar este tipo de condiciones es incongruente. Si se pretende hacer más eficiente a la planta productiva, debe prevalecer libertad para importar aquellos insumos cuyo costo sea inferior a los producidos en el país y no se deben exigir grados de integración nacional crecientes. Finalmente, si lo que se busca es producir bienes a nivel competitivo, resulta también inadecuado demandar determinado comportamiento en la balanza comercial de las empresas si la propia apertura puede determinar que la empresa transnacional decida cubrir las necesidades del mercado exclusivamente a través de exportaciones. En síntesis, no se puede exigir a las empresas con IED que exporten por decreto, es más sano dejar que determinen su propio comportamiento comercial, tomando en cuenta de que en la medida en que el entorno macroeconómico lo propicie, unilateralmente formarán parte de la plataforma exportadora nacional e incorporarán insumos nacionales en su proceso productivo.

Por estas razones, hubo coincidencia en los tres equipos negociadores de que la disciplina de no imponer requisitos de desempeño debía ser incorporada al capítulo de inversión. Este es el único principio que se aplica con respecto a cualquier proyecto de inversión, independientemente de su origen, o sea, las Partes no pueden condicionar ningún proyecto de inversión al cumplimiento de estos requisitos, así sea uno de origen nacional. Lo anterior se adoptó en razón de que este tipo de condicionantes distorsionan los flujos comerciales en la región.

La disciplina se aplica tanto al establecimiento como a la operación y expansión de la sociedad con capital foráneo y en virtud de la misma se prohíbe la imposición del siguiente tipo de requisitos de desempeño:

- a) programas de exportación,
- b) programas de grados de integración nacional,
- c) exigir la adquisición de bienes fabricados en el territorio de la parte,
- d) programas de balanza de divisas o comercial,
- e) restricciones a las ventas en el territorio de la parte o vincularlas a sus ingresos de divisas,
- f) exigir un traspaso tecnológico determinado o

g) actuar como proveedor exclusivo desde el territorio de la parte a otro mercado. Este requisito es conocido como *world product mandate* y era utilizado en el pasado por Canadá.

Prácticamente las mismas limitaciones existen en relación al otorgamiento de una ventaja (*incentive*). A guisa de ejemplo, México no podría condicionar el otorgamiento de un incentivo a una empresa de capital japonés a cambio de que cumpla con determinado programa de grados de integración nacional. Esta restricción opera con respecto al tipo de requisitos señalados en los incisos *b)*, *c)*, *d)* y *e)*. Por lo anterior nada impide a una Parte a sujetar el otorgamiento de una ventaja al cumplimiento del tipo de compromisos contenidos en los incisos *a)*, *f)* y *g)*.

Asimismo, se establece claramente que nada impide a una parte condicionar un proyecto de IED al cumplimiento de requisitos no contenidos en el listado anterior. Por ello, cualquiera de las partes podría sujetar un proyecto de inversión al cumplimiento de otro tipo de condicionantes que no inciden negativamente en el comercio de la zona, tales como programas de generación y capacitación de empleos, programas de investigación y desarrollo, etcétera.

En el caso de México, la aceptación de esta disciplina no hace sino consolidar la práctica administrativa prevaleciente en los últimos años. Si bien, para tener acceso al trámite de constitución automática se exige el cumplimiento de un presupuesto equilibrado de divisas por un periodo de tres años, en la práctica, la CNIE ha autorizado a las sociedades con IED a tener presupuestos deficitarios en razón de la propia política de apertura económica del país.

Por último, cabe destacar que en los anexos respectivos, México se reservó temporalmente la aplicación de este principio para el sector automotriz (en el que existe un requisito de integración nacional) y la industria maquiladora (en la que se limita la posibilidad de ventas al mercado interno). En este último caso se presentó una calendarización en virtud de la cual la industria maquiladora tendrá un acceso creciente al mercado nacional.

D. *Transferencias*

Una de las principales inquietudes que manifiesta todo inversionista extranjero durante el proceso de toma de decisión respecto al lugar donde planea llevar al cabo su proyecto de inversión consiste en la libertad o las

restricciones en cuanto a la remisión de las divisas asociadas con su proyecto (utilidades, pagos de intereses, pagos de asistencia técnica, pagos de regalías por concepto de traspaso tecnológico, etcétera).

Las tres partes decidieron por ende incluir una disciplina respecto de este tipo de transferencias al exterior, de manera de que no podrán obstaculizarse salvo en los casos mencionados en el artículo 1109.

El compromiso radica en que deberán permitir que dichas transferencias se realicen libremente y sin demora en divisa de libre uso, al tipo de cambio prevaleciente en el mercado al momento de la transferencia.

Las excepciones a esta disciplina están contenidas en el punto 4 del mencionado precepto y facultan al Estado anfitrión de la inversión a restringirlas en los siguientes casos, mediante la aplicación no discriminatoria de sus leyes:

- a) quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores,
- b) emisión, comercio y operaciones de valores,
- c) infracciones penales o administrativas,
- d) reportes de transferencias de divisas u otros instrumentos monetarios, o
- e) para garantía del cumplimiento de sentencias judiciales.

Cabe destacar que aparte de estas situaciones específicas, las partes también podrán introducir restricciones a las transferencias cuando exista una crisis en la balanza de pagos del país y se adopte un programa conforme a los lineamientos del Fondo Monetario Internacional.²⁹

Finalmente, debe consignarse que México no ha impuesto este tipo de controles a las transferencias de los frutos derivados de un proyecto de inversión extranjera por lo que a través de esta disciplina se consolida nuevamente la práctica administrativa prevaleciente. En otros países receptores de IED, es precisamente en este rubro donde se enfatiza la regulación al capital foráneo. La filosofía que subyace en la postura mexicana consiste en que si el entorno macroeconómico es atractivo y el proyecto de IED es rentable, será la propia empresa transnacional la que decidirá reinvertir sus utilidades en el país, evitando incurrir en prácticas comunes, aparentemente prohibidas, para transferir divisas a la casa matriz.

29 Artículo 2104.

E. Expropiación y compensación

Quizás uno de los tópicos que más controversia han causado entre la inversión extranjera y los países anfitriones de la misma sea el de expropiación y el de los criterios para determinar el pago de la indemnización respectiva.

La actitud tradicional de los países en vías de desarrollo fue la de considerar al acto expropiatorio como una manifestación inequívoca del poder soberano y si acaso surgía alguna duda en cuanto al monto de la compensación, ésta debía dirimirse forzosamente en los tribunales nacionales del Estado.

México siguió fiel a esta doctrina aunque en la práctica el fenómeno de la expropiación del capital foráneo no se ha repetido desde la expropiación petrolera. Empero, ello no es óbice para que los inversionistas extranjeros aún sientan temor de verse desposeídos de su inversión y lo más preocupante desde su perspectiva es recibir una compensación que refleje el valor real de su inversión.

La primera regla que contiene el artículo 1110 del TLCAN consigna claramente que la intención no es, ni podría ser, la de inhibir la facultad que tiene todo Estado de llevar al cabo actos expropiatorios. De igual forma, las disciplinas que contiene no se aplican únicamente a la expropiación sino que también abarcan a la nacionalización o “medidas equivalentes”. La amplitud del concepto radica en tratar de evitar que el acto se disfrace formalmente de otra manera siendo que su efecto fundamental es el de privar de su propiedad al inversionista.

Las características que debe cumplir el acto expropiatorio o equivalente son las siguientes:

- a) debe ser por causa de utilidad pública;
- b) sobre bases no discriminatorias;
- c) con apego al principio de legalidad y al artículo 1105(1) (que se refiere al nivel mínimo de trato que debe recibir todo inversionista extranjero) y
- d) mediante indemnización .

Las reglas anteriores son transparentes e incluso están contenidas en las propias legislaciones nacionales de los tres países.³⁰ Es importante recalcar que no se menoscaba la facultad soberana de expropiar, sino que se fijan

³⁰ En el caso de México, este requisito está contenido en el segundo párrafo del artículo 27 constitucional.

reglas para evitar que el Estado, arbitrariamente, despoje de sus propiedades al inversionista.

En el punto 2 del artículo en comento, se determina que la indemnización será equivalente al valor justo de mercado de la inversión y no reflejará el aumento o disminución que resulte de haberse conocido la intención de expropiar. El concepto “valor justo de mercado” es, en el argot financiero “aquél que se determina entre un vendedor deseoso de vender el bien y un comprador deseoso de adquirirlo”. Se consigna asimismo que entre los criterios de valuación se comprenderá el valor corriente del bien y el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles).

Haber incluido entre los criterios para determinar el valor justo de mercado al valor fiscal del bien en cuestión respondió, en particular, a una inquietud manifestada por la delegación mexicana. Al respecto, el artículo 27 constitucional dispone que “el precio que se fijará como indemnización a la cosa expropiada, se basará en la cantidad que como valor fiscal de ella figure...”.³¹ Si partimos de la premisa de que dicha disposición está incluida en el capítulo de garantías individuales, éstas se pueden ampliar pero nunca restringir. Por ende, si el valor catastral es el mínimo consignado para el pago de la indemnización respectiva, considerarlo como uno de los criterios para fijar el valor justo de mercado es consistente con dicha premisa, máxime que el valor catastral suele ser siempre inferior a cualquier otro valor del bien en cuestión.

El punto 3 del artículo 1110 señala que el pago de la indemnización se hará sin demora y será completamente liquidable. Si bien la legislación específica consigna que el pago de la compensación podrá llevarse hasta 10 años, hay jurisprudencia firme que ha tachado dicha disposición de inconstitucional. El hecho de que la indemnización respectiva sea liquidable y, por ende, transferible al exterior, confirma la obligación ya contenida en lo relativo a transferencias.³²

Los puntos 4 y 5 disponen una fórmula en virtud de la cual un riesgo cambiario correrá por cuenta del Estado que expropia, al igual que serán a su cargo los intereses respectivos.

El punto 7 expresamente señala que no deberá equipararse a un acto expropiatorio el otorgamiento de licencias obligatorias en los términos del capítulo XVII, mientras que el punto 8 dispone que tampoco deberá consi-

31 Fracción VI, segundo párrafo del artículo 27 constitucional.

32 Artículo 1109 (1) (d).

derarse como una medida expropiatoria aquella derivada del incumplimiento de una obligación crediticia.

En síntesis, el artículo en cuestión pretende brindar una mayor certidumbre jurídica al inversionista extranjero y fijar reglas claras que los estados deberán acatar al expropiar una inversión, sin menoscabo de su facultad soberana de poder llevar al cabo expropiaciones o medidas equivalentes. Cabe también destacar que por primera vez los Estados Unidos se apartaron de su exigencia tradicional en el sentido de requerir que toda compensación, por expropiación sea de manera “pronta, adecuada y efectiva”.

F. Otras disposiciones

Además de los principios consignados anteriormente, la sección A del capítulo XI contiene otras disposiciones que analizaremos brevemente.

a) Alta dirección empresarial y consejos de administración

El artículo 1107 dispone que las partes no podrán exigir que en las sociedades constituidas conforme a sus leyes, los puestos de alta dirección sean ocupados por personas de determinada nacionalidad. Sólo podrá mantener dicha exigencia en lo que toca a la mayoría de los miembros de los consejos de administración, siempre y cuando el requisito no menoscabe materialmente la facultad del inversionista extranjero de controlar su empresa.

La legislación mexicana vigente choca abiertamente con esta disposición toda vez que señala expresamente que “la participación de la inversión extranjera en los órganos de administración de la empresa, no podrá exceder de su participación en el capital”.³³ Sin embargo, dicha exigencia ha representado un obstáculo para la designación de personas de nacionalidad extranjera en los consejos de administración y no es congruente con la política de facilitar la operación del capital foráneo, por lo que este requisito será eliminado en el nuevo régimen jurídico.

Como sucede en el resto de las disciplinas, los países se reservaron la aplicación de este precepto para sectores específicos. En el caso de México, destaca la necesidad de que los miembros del consejo de administración y los directores generales de empresas ubicadas en ciertos sectores de la

33 Artículo 5 de la LIE.

actividad económica sean nacionales. Por ejemplo, en aquellas dedicadas a la fabricación de explosivos.³⁴

b) Formalidades especiales y requisitos de información

Las partes mantienen la facultad de exigir a las empresas con capital foráneo el cumplimiento de formalidades especiales conexas al establecimiento de una inversión, siempre y cuando no menoscaben materialmente la protección que les confiere el capítulo.

Como ejemplo de formalidades especiales se menciona el requisito de que los inversionistas sean residentes o que las inversiones se constituyan conforme a la legislación de esa parte. Ello no implicará violación al principio de trato nacional.

De igual forma, exigir que un inversionista extranjero requiriera un cuestionario económico-financiero para que la autoridad administrativa pueda evaluar la conveniencia de su proyecto de inversión es una formalidad especial permitida por este artículo.

El punto 2 del artículo 1111 faculta igualmente a las partes a exigir que el inversionista extranjero le presente información rutinaria referente a su inversión, exclusivamente con fines de información o estadística. Dicha información será confidencial. Con ello, se preserva la facultad del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras (RNIE) de recopilar información acerca de la presencia de la IED en México para efectos de realizar estudios que sirvan para retroalimentar la política en la materia.

c) Medidas ambientales

En el contexto del TLCAN, la inclusión del capítulo XI generó inquietudes, sobre todo en los Estados Unidos de Norteamérica, de que los inversionistas extranjeros trasladarían sus unidades productivas a México toda vez que la legislación ambiental era más flexible y no era aplicada rigurosamente.

Si bien dichas preocupaciones se disiparon en gran parte con la negociación de un acuerdo paralelo en materia ecológica, ya el propio TLCAN, en el artículo 1114, contenía una disposición que impedía a las partes alentar

³⁴ Artículo 46 inciso c) de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 11 de enero de 1972.

la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud, seguridad o al medio ambiente.

En caso de que alguna parte estime que otra parte ha alentado la inversión por esa vía, podrá solicitar consultas con el fin de evitar incentivos de esa índole.

Hay que precisar que la IED no fluye a un país por este tipo de “alicientes”. Lo que detona la presencia del capital foráneo, como ya se ha mencionado a lo largo de este ensayo, es un entorno macroeconómico favorable, seguridad jurídica y la rentabilidad de los proyectos de inversión. Empero, no existe ningún inconveniente en adoptar esta disciplina en torno al medio ambiente, si ello ayuda a refrendar el mensaje de que México sería incapaz de alentar la IED a través de una renuncia a aplicar su propia legislación.

G. Régimen de excepción (anexos)

Como ya se describió al analizarse las distintas disciplinas que contiene el capítulo XI, cada uno de los países se reservó la aplicación de dichos principios en sectores o actividades específicas, basándose en restricciones que contempla su legislación vigente.

Las reservas correspondientes fueron contenidas en distintos anexos, que forman parte integral del capítulo y que es necesario comprender cabalmente para poder determinar con precisión el grado y alcance de las obligaciones asumidas por las partes.

En el Anexo I, los tres países formularon sus reservas a la aplicación del principio de trato nacional. Al respecto, se señala el sector y el subsector de la actividad económica que queda amparado por la reserva, el tipo de reserva (es decir, la disciplina respecto de la cual se aplica), el nivel de gobierno que mantiene la restricción y su fundamento legal, una descripción de la medida y, en su caso, si existe un calendario de reducción, o sea, una liberalización gradual de la misma.

Las reservas plasmadas en el Anexo I contienen también las excepciones acordadas por las partes respecto de la aplicación de las reglas del capítulo XII que se refiere a servicios transfronterizos.

Si se analiza el conjunto de reservas introducidas por cada una de las partes, se detecta claramente la apertura sectorial que cada una de ellas comprometió. Como ya se mencionó, México preserva un régimen relati-

vamente cerrado si se le compara con aquellos que se desprenden de las reservas formuladas por Estados Unidos y Canadá.

El Anexo II contiene aquellos sectores en los cuales las tres partes se reservan la facultad de ser más restrictivos en el futuro, sin incurrir en violación de las disciplinas del capítulo.

En su Anexo II, México se reservó los siguientes sectores:

a) adquisición y venta de bonos, pagarés u otro tipo de valores emitidos por el gobierno;

b) producción y transmisión privada de programas de radio, sistemas de distribución multipunto, música continua y televisión de alta definición;

c) servicios de control de tránsito aéreo, meteorología aeronáutica, telecomunicaciones aeronáuticas, despacho y control de vuelos y otros servicios de navegación aérea;

d) servicios de redes de telecomunicaciones;

e) servicios transfronterizos postales, de telecomunicaciones y ferroviarios;

f) servicios asociados con la energía y petroquímica básica;

g) servicios brindados a grupos sociales en situación económica desventajosa;

h) servicios legales (con respecto a Estados Unidos),

i) servicios sociales, y

j) servicios prestados por personal especializado (por ejemplo, agentes aduanales).

Canadá se reservó en su Anexo II las cuestiones relacionadas con poblaciones autóctonas y con las minorías, requisitos de residencia para adquirir tierras en la franja costera, inversión en redes de telecomunicaciones, radiocomunicación y tendido de cables submarinos, adquisición y venta de valores gubernamentales, servicios sociales, servicios especializados de transporte aéreo y transporte marítimo (con respecto de Estados Unidos).

Por su parte, Estados Unidos incluyó en su Anexo II a las adquisiciones en tierras ubicadas en su franja costera (con respecto a Canadá), televisión por cable, servicios de telecomunicaciones (sin incluir los servicios de valor agregado), servicios sociales, cuestiones relacionadas con las minorías, servicios legales (con respecto a México), publicaciones de periódicos y transporte marítimo.

Como se puede apreciar, en algunos casos las reservas formuladas por los distintos países en el Anexo II se aplican exclusivamente a inversionistas de otra parte. Lo anterior obedeció a una postura negociadora sustentada en

CAPÍTULO XI DEL TRATADO: INVERSIÓN

83

una estricta reciprocidad y que se manifestó sustancialmente en el sector servicios.⁷

En lo que respecta al Anexo III, éste contiene las actividades reservadas al Estado y únicamente México lo presentó. En él se contemplan aquellas actividades reservadas al Estado por mandato constitucional, a saber, petróleo, hidrocarburos y petroquímica básica, electricidad, energía nuclear y tratamiento de minerales radioactivos, comunicaciones vía satélite, servicios de telégrafo y radiotelegrafía, servicio postal, ferrocarriles, emisión de billetes y acuñación de moneda. También se agregaron el control, inspección y vigilancia de puertos, aeropuertos y helipuertos.

En caso de que México decida abrir a la participación privada cualquiera de estas actividades, se reserva la facultad de excluir la participación de la inversión extranjera. Si el gobierno mexicano pretende en cambio, vender activos vinculados con dichas actividades, podrá restringir dicha venta a sociedades en las que participe mayoritariamente el capital nacional y exigir que al menos durante tres años, dichos activos permanezcan en manos de este tipo de sociedades. Una vez vencido este plazo, se aplicará la obligación de trato nacional y la inversión extranjera podrá participar mayoritariamente en la tenencia de dichos activos.

Como ya se comentó anteriormente, resulta particularmente importante fijar estas reglas aplicables a cualquier proceso futuro de privatización, toda vez que de no hacerlo, automáticamente se aplicaría la disciplina de trato nacional y no se podría restringir el acceso a la inversión extranjera.

En el Anexo IV los tres países incorporaron sus reservas a la obligación de conceder el trato de nación más favorecida. Un acuerdo de la negociación fue que los sectores a incluirse en este Anexo fueran “espejo”, es decir, que todos se reservaran los mismos sectores. Por ello, se incorporaron en los anexos respectivos las siguientes actividades económicas:

a) transporte aéreo,

b) pesca,

c) asuntos marítimos, incluyendo salyamento, y

d) redes de telecomunicaciones y servicios de telecomunicaciones (salvo lo dispuesto en el capítulo xiii relativo a telecomunicaciones, o a la producción, venta o derechos de programación de radio y televisión).

Dentro de las relaciones convencionales que se dan entre los Estados, los sectores mencionados suelen incorporarse en tratados bilaterales, por lo que se justifica plenamente la exclusión del principio de nación más favorecida.

Es importante destacar que la obligación en cuestión no se aplica a los tratados bilaterales o multilaterales firmados o que ya hayan entrado en vigor antes de la entrada en vigor del TLCAN. Por lo tanto, existe un “abueleo” respecto de todos los convenios internacionales suscritos por las partes antes del uno de enero de 1994, fecha en la que está contemplada la entrada en vigor del TLCAN.

Finalmente, tampoco se aplica el principio de nación más favorecida a los programas presentes o futuros de cooperación internacional para promover el desarrollo económico, tales como el Pacto de San José en materia energética y el Acuerdo de Créditos de Exportación de la OCDE.

VI. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO

La piedra angular del capítulo XI es el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado. Si bien el propio TLCAN contempla otros esquemas para dirimir controversias, tales como el contenido en el capítulo XX, el mecanismo del capítulo XI tiene por objetivo fundamental que los propios inversionistas puedan acceder a la instancia del arbitraje internacional para hacer valer sus derechos.

La mera aceptación de este esquema refleja la voluntad de los estados parte de cumplir con las disciplinas contenidas en el capítulo. Destaca el hecho de que por primera vez el Estado mexicano acepta dirimir controversias con inversionistas extranjeros en foros internacionales, abandonando la postura tradicional de que todos estos diferendos debían desahogarse en los tribunales nacionales.

La tendencia en los países con los que se compite para la atracción del capital foráneo es aceptar que instancias internacionales resuelvan las disputas emanadas entre la inversión extranjera y el Estado receptor de la inversión. México no hace sino incorporarse a esta tendencia que es un síntoma inequívoco del deseo de brindar al potencial inversionista una mayor seguridad jurídica.

Las restricciones jurídicas que se esgrimían en el pasado para que México se negara a aceptar este tipo de esquemas fueron disipadas con la Ley sobre la Celebración de Tratados.³⁵

35 Publicada en el *DOF* el 2 de enero de 1992.

El artículo 8 de este ordenamiento expresamente faculta al gobierno mexicano para pactar mecanismos internacionales para la resolución de controversias con personas físicas o morales extranjeras siempre que:

- a) se otorgue a los mexicanos y extranjeros que sean parte en la controversia el mismo trato conforme al principio de reciprocidad internacional;
- b) se asegure a las partes la garantía de audiencia y el debido ejercicio de sus defensas, y
- c) se garantice la composición imparcial de los órganos de decisión.

Tan esa fue la base para que México accediera a negociar este mecanismo de solución de controversias que el propio artículo 1115 reproduce estos principios como el objetivo de la sección B del capítulo XI.

Hay quienes señalan que este esquema viola la Cláusula Calvo consagrada en la Constitución.³⁶ Basta indicar que el objetivo central de dicha cláusula consiste en evitar que gobiernos extranjeros intervengan para hacer valer las reclamaciones de sus nacionales. En la medida en que el mecanismo contempla un procedimiento jurídico al que puede acceder directamente el inversionista extranjero, se reduce significativamente la posibilidad de que su Estado intervenga para protegerlo. Por lo anterior, más que atentar contra la cláusula Calvo, el esquema negociado la consolida.

Podrán tener acceso al mecanismo de referencia aquellos inversionistas extranjeros que hayan sufrido pérdidas o daños como consecuencia de una violación de las disciplinas descritas en la sección A del capítulo, o cuando el Estado anfitrión de la inversión haya violado el artículo 1503(2) relativo a empresas de estado o el artículo 1502(3) que se refiere a monopolios y empresas del Estado.

Es importante destacar que el inversionista extranjero debe haber sufrido daños o pérdidas con motivo del incumplimiento del Estado huésped de la inversión. No basta, por ende, la mera violación de alguna de las disciplinas, sino que es necesario el elemento de daño o pérdida para que se tenga acceso al mecanismo.

Si un Estado adopta una medida inconsistente con las obligaciones del capítulo XI pero que no acarrea ningún daño o pérdida para los inversionistas extranjeros, entonces los otros dos estados parte podrán reclamar la eliminación de dicha medida a través del mecanismo de solución de controversias Estado-Estado plasmado en el capítulo XX del TLCAN.

³⁶ Fracción I del artículo 27 Constitucional.

Con la entrada en vigor del TLCAN se incrementarán los flujos de inversión hacia los países de la región. Con ello, la posibilidad de que surjan disputas es algo inevitable. Empero, lo óptimo es que dichas controversias se puedan dirimir por la vía de la consulta o negociación. Por esta razón se pactó que el inversionista extranjero afectado sólo podrá iniciar el procedimiento arbitral una vez transcurridos seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación. Este periodo de “enfriamiento” pretende precisamente provocar que el gobierno anfitrión llegue a un acuerdo con el inversionista extranjero afectado antes de que se inicie el procedimiento arbitral.³⁷

Por otro lado, la acción para iniciar el procedimiento arbitral prescribe tres años después de que el Estado anfitrión de la inversión adoptó la medida que causó daño al inversionista extranjero.³⁸

A. Características del procedimiento arbitral

Una de las preocupaciones fundamentales desde la óptica del Estado anfitrión de una inversión al adoptar un esquema de solución de controversias de esta naturaleza, consiste en impedir que se desahoguen procedimientos paralelos en torno a la misma medida en los tribunales nacionales y en la instancia internacional. Además del incremento en el costo procesal, se corre el riesgo de que se dicten sentencias contradictorias y se ponga en tela de juicio la imparcialidad de los órganos decisorios.

Por ello, la sección B contiene el Anexo 1120,1 que opera exclusivamente en el caso de demandas interpuestas en contra del gobierno de México. En dicho anexo se consigna que el inversionista extranjero tendrá que optar entre dirimir su controversia a través de los tribunales mexicanos o por la vía arbitral. Una vez hecha la elección, ésta será definitiva y exclusiva, perdiendo el inversionista extranjero automáticamente su derecho de recurrir a la otra vía.

En este supuesto, el inversionista extranjero conserva la facultad de interponer recursos administrativos en contra de la medida que le causó daño o pérdida, sin que por ello pierda su derecho a utilizar el esquema arbitral. Sin embargo, una vez que acuda a instancias de índole judicial, se entiende que eligió dirimir la controversia en los tribunales nacionales y

³⁷ Artículo 1120 (1).

³⁸ Artículo 1117 (2).

renuncia entonces a su derecho de iniciar el procedimiento arbitral. Esta posibilidad se otorga con el fin de que la autoridad administrativa pueda resarcir el daño causado de manera unilateral y pretende evitar la proliferación de procedimientos arbitrales en contra del gobierno mexicano.

Es importante destacar que únicamente podrán utilizar el mecanismo arbitral los “inversionistas extranjeros” más no sus “inversiones”. A guisa de ejemplo, si el gobierno de México expropia la empresa Ford de México, podrá acudir a la instancia arbitral Ford de Estados Unidos como inversionista extranjero, pero no podrá hacerlo directamente Ford de México. Con ello se pretende asegurar que las sociedades constituidas en México sólo puedan hacer valer sus reclamaciones a través de los tribunales nacionales.

Una vez que el inversionista extranjero decide dirimir la controversia a través del procedimiento arbitral, deberá elegir uno u otro foro de acuerdo a reglas específicas, siendo los foros los siguientes:

- a) el convenio de CIADI;³⁹
- b) el mecanismo complementario de CIADI; o
- c) las reglas de arbitraje de UNCITRAL.⁴⁰

En el caso del convenio de CIADI, se exige que tanto el Estado como la parte de la cual es nacional el inversionista extranjero, sean estados parte del mencionado convenio. Cabe aclarar que, a la fecha, de los tres socios comerciales, sólo los Estados Unidos son parte de dicho instrumento.

Por otra parte, tendrán acceso al mecanismo complementario de CIADI cuando el Estado o la parte de la cual es nacional el inversionista extranjero, pero no necesariamente ambas, sean Estado parte del convenio de CIADI.

Por el status actual, en caso de controversias entre inversionistas de México y Canadá, con respecto a medidas que adopte cualquiera de los dos países, tendrán que dirimirse a través de la utilización de las reglas de arbitraje de UNCITRAL, hasta en tanto estos dos países no sean parte del convenio de CIADI.

En cambio, si la controversia involucra al gobierno de los Estados Unidos, los inversionistas mexicanos o canadienses podrán elegir la utilización de las reglas del mecanismo complementario de CIADI.

Se dispone asimismo que las reglas de dichos mecanismos serán aplicadas al procedimiento arbitral, salvo en la medida en que la propia sección

39 Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, celebrado en Washington, D.C. el 18 de marzo de 1965.

40 Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1976.

B las modifique. La intención fue utilizar como punto de partida a las reglas específicas de cada uno de estos instrumentos pero adecuándolas a las necesidades particulares que señalaron los tres países.

Uno de los problemas que suelen enfrentar en la práctica las instituciones arbitrales mencionadas, consiste en la ausencia de una manifestación clara e inequívoca de las partes en someterse al procedimiento arbitral. Por ello, el artículo 1121 establece las condiciones previas para que el inversionista extranjero pueda acudir a la instancia arbitral, entre otras, una declaración expresa de su consentimiento en someterse al arbitraje en los términos de la sección B y la renuncia a iniciar un procedimiento judicial en los tribunales domésticos del Estado anfitrión de su inversión.

De igual forma, se contienen disposiciones expresas que avalan claramente la decisión de cualquiera de los tres países de someterse al procedimiento arbitral una vez iniciado por el inversionista extranjero, de tal suerte que ninguno podrá alegar que no accedió a someterse a esta instancia.

B. Composición del tribunal arbitral

La integración misma del tribunal arbitral reviste particular relevancia ante la necesidad de que sea de naturaleza imparcial para que pueda dirimir las controversias en forma neutral y profesional.

El artículo 1123 dispone que salvo acuerdo entre las partes contendientes, el tribunal arbitral estará integrado por tres árbitros. Cada una de las partes contendientes (es decir, el inversionista extranjero y el Estado anfitrión de su inversión) designará a un árbitro. El tercero, quién fungirá como presidente del tribunal arbitral, será elegido de una lista de 45 individuos acordada por consenso entre las tres partes.

Si una de las partes contendientes no designa a su árbitro o entre ambas no llegan a un acuerdo sobre quién deberá fungir como presidente del tribunal arbitral, entonces el Secretario General de CIADI nombrará a los árbitros atendiendo a lo señalado en el artículo 1124.

El tribunal arbitral deberá quedar debidamente integrado dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que la reclamación se sometió a arbitraje. De no ser el caso, el secretario general de CIADI deberá nombrar a los árbitros faltantes. En ningún caso, el presidente del tribunal arbitral podrá ser nacional de las partes contendientes. De no encontrarse un árbitro disponible en la lista de 45 individuos, el secretario general de CIADI podrá

nombrar al presidente de la lista de árbitros de CIADI, pero siempre será de nacionalidad distinta a la de las partes contendientes.

Básicamente, la disposición pretende asegurar la imparcialidad en la composición del tribunal arbitral y a la vez, crear un sentido de responsabilidad para aquellos que sean designados dentro de la lista de 45 árbitros ya que resulta probable que sean elegidos para participar en varios procedimientos. Cabe destacar que los 45 individuos podrán ser de cualquier nacionalidad. La intención es, a la larga, establecer criterios más o menos uniformes respecto de la solución de controversias en materia de interpretación y alcance del capítulo XI del TLCAN.

El artículo 1125 contiene reglas específicas para constatar que las partes contendientes aceptan la designación de árbitros que se lleve al cabo conforme a la sección B. Se hace referencia expresa a las disposiciones concretas de las distintas instituciones arbitrales que pueden ser utilizadas, para evitar la continua recusación que se presenta en los procedimientos arbitrales.

C. Acumulación de procedimientos

Una innovación que introduce la sección B es la inclusión de reglas para la acumulación de procedimientos arbitrales, la cual está contemplada en el artículo 1126.

En virtud de ella, un tribunal especial, que llamaremos Tribunal de Acumulación, podrá asumir jurisdicción sobre varios procedimientos arbitrales que se deriven de la misma medida adoptada por el país anfitrión de la inversión, de tal suerte que se desahoguen estos procedimientos paralelos ante un sólo tribunal, propiciando una eficacia procesal y eliminando la posibilidad de laudos contradictorios.

El Tribunal de Acumulación se instalará con apego a las reglas de arbitraje de UNCITRAL y si existen cuestiones tanto de hecho como de derecho que sean comunes, podrá asumir jurisdicción y resolver todas o parte de las reclamaciones de manera conjunta. De igual forma, un tribunal de arbitraje constituido conforme a la sección B no podrá asumir jurisdicción para resolver una demanda sobre la cual el Tribunal de Acumulación ya haya asumido jurisdicción.

Cualquiera de las partes contendientes podrá solicitar la instalación de un Tribunal de Acumulación, el cual será integrado por tres árbitros,

seleccionados por el secretario general de CIADI preferentemente de la lista de los 45 árbitros o, en su defecto, del *roster* de árbitros del propio CIADI. Uno de los árbitros será nacional de la parte contendiente y otro del nacional de la parte del inversionista.

Se mantiene la posibilidad de que inversionistas que hayan iniciado procedimientos arbitrales conforme a la Sección B y que no hayan sido incluidos en la solicitud de acumulación puedan por sí mismos requerir su incorporación al procedimiento de acumulación.

D. Otras disposiciones

La sección B contiene, además de un apartado sobre definiciones, otras disposiciones de naturaleza procesal que describiremos brevemente a continuación, toda vez que forman parte de las reglas que se deben acatar en el desahogo del procedimiento arbitral.

a) Participación de las partes

En todo procedimiento arbitral las partes recibirán una notificación de que un inversionista extranjero ha iniciado un procedimiento arbitral en contra de alguna de ellas por presuntas violaciones al Capítulo XI.⁴¹ Si la parte desea obtener mayor información y seguir de cerca el procedimiento, a su costa, podrá recibir la documentación relativa al arbitraje, obligándose a tratarla de manera confidencial, como si fuera la parte contendiente.⁴²

Cuando la parte contendiente alegue como defensa que la medida cuestionada cae bajo sus reservas contenidas en los anexos, a petición de la parte contendiente, el tribunal arbitral solicitará a la comisión del TLCAN una interpretación sobre el asunto. Si la comisión no somete su interpretación en un plazo de 60 días, el tribunal arbitral decidirá libremente sobre la procedencia del asunto. Sin embargo, si la comisión emite una interpretación sobre cualquier disposición del TLCAN, ésta será obligatoria para el tribunal arbitral.⁴³

41 Artículo 1127.

42 Artículo 1129.

43 Artículo 1131 (2).

Lo anterior tiene por objeto reafirmar que la voluntad de las partes es la esencia del TLCAN y que cualquier interpretación que las mismas hagan de su contenido, por conducto de la comisión, deberá ser considerada como obligatoria.

b) Sede del procedimiento arbitral

El artículo 1130 consigna que salvo acuerdo en contrario, el procedimiento arbitral se desahogará en el territorio de alguna de las partes que a la vez sea parte de la Convención de Nueva York,⁴⁴ el cual será elegido conforme a las reglas de arbitraje correspondientes.

Con ello se pretende evitar que el juicio arbitral se desahogue en jurisdicciones totalmente ajenas a los sistemas jurídicos de las partes.

c) Derecho aplicable

Un tribunal establecido conforme a la sección B deberá dirimir las controversias que se sometan a su consideración conforme a lo establecido por el propio TLCAN y atendiendo a las reglas aplicables del derecho internacional.⁴⁵

d) Dictámenes de expertos

A petición de las partes contendientes o por iniciativa propia salvo que las partes contendientes no lo acepten, el tribunal arbitral podrá designar uno o más expertos para que dictaminen por escrito su opinión respecto de cuestiones ambientales, de salud, de seguridad u otros asuntos científicos que hayan planteado las partes contendientes durante el procedimiento arbitral.⁴⁶

e) Medidas precautorias

Un tribunal arbitral estará facultado para ordenar medidas provisionales para preservar los derechos de las partes contendientes o para garantizar que

⁴⁴ Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York, el 10 de junio de 1958.

⁴⁵ Artículo 1131.

⁴⁶ Artículo 1133.

la jurisdicción del tribunal surta plenos efectos. Sin embargo, no podrá ordenar la suspensión de la medida presuntamente violatoria del capítulo.⁴⁷

f) Características del laudo arbitral

Reviste particular importancia el hecho de que el tribunal arbitral sólo podrá otorgar el pago de daños pecuniarios y los intereses correspondientes. También podrá ordenar la restitución de la propiedad, pero en este caso, siempre tendrá el Estado afectado por la resolución, la posibilidad de pagar una compensación en vez de restituir la propiedad.⁴⁸ Ello es congruente con el hecho de que el inversionista extranjero sólo puede acceder al procedimiento arbitral para reclamar el pago de daños pecuniarios derivados de la pérdida que sufrió con motivo de la instrumentación de la medida por parte del Estado receptor de la inversión.

Asimismo, el tribunal está impedido para ordenar el pago de daños punitivos, que están contemplados en el sistema jurídico anglosajón.

El laudo que emane del tribunal arbitral será obligatorio sólo para las partes contendientes y únicamente respecto de la controversia concreta.⁴⁹

Las partes deberán proveer para la debida ejecución del laudo en su territorio. Si el laudo no se acata en sus términos, la parte contendiente afectada podrá acudir al esquema previsto en el artículo 2008 a efecto de que se determine que el negarse a acatar el laudo conlleva a su vez, un incumplimiento del TLCAN y una recomendación en el sentido de que la parte debe cumplir con el laudo. En caso de negativa, proceden los mecanismos de represalia contemplados en el propio capítulo XX.

En lo que toca a la publicación de los laudos arbitrales, el Anexo 1137.4 dispone que siendo Canadá o Estados Unidos la parte contendiente, el laudo arbitral podrá ser público. En el caso de México, las reglas del procedimiento arbitral correspondiente serán aplicables.

g) Excepciones

Conforme al Anexo 1138.2, no se aplicarán las disposiciones relativas al mecanismo de solución de controversias descrito a una decisión de Investment Canada o de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras de

47 Artículo 1134.

48 Artículo 1135 (1) (b).

49 Artículo 1136 (1).

México, relativas a adquisiciones de empresas domésticas por inversionistas extranjeros.

Asimismo, no se aplicará el mecanismo contra decisiones adoptadas por cualquiera de las partes basadas en consideraciones de seguridad nacional, conforme al artículo 2102.

Con ello se pretende preservar cierta autonomía e independencia para las autoridades gubernamentales supervisoras del fenómeno de la IED en los tres países.

Cabría señalar finalmente, que el esquema de solución de disputas contenido en la sección B del capítulo XI es muy complejo porque conjuga las reglas ya existentes en las instituciones arbitrales con reglas propias. A final de cuentas, el mecanismo aspira a convertirse en un esquema de vanguardia en el mundo del arbitraje internacional y pretende ser un vehículo para desvincular este tipo de disputas de la arena política.

VII. IMPACTO DEL CAPÍTULO XI EN LA LEGISLACIÓN DOMÉSTICA

Toda vez que en los Estados Unidos y Canadá prevalece el sistema jurídico anglosajón, los tratados internacionales, a efecto de que se conviertan en “ley suprema de la nación” requieren ser acompañados de una legislación que los instrumente, conocida como *implementing legislation*.

En el caso de Canadá, dicha legislación ya fue aprobada por el Parlamento canadiense y contempla los ajustes necesarios a la legislación nacional para que el TLCAN sea plenamente compatible con el derecho interno. En el caso del capítulo de inversión, el único ajuste que se contempló fue incorporar en la Investment Canada Act el tratamiento preferencial para los inversionistas mexicanos que pretendan adquirir empresas canadienses, conforme a lo descrito anteriormente.⁵⁰

Por su parte, Estados Unidos discute actualmente el proyecto de su *implementing legislation*, mismo que será presentado al Congreso para su aprobación en paralelo con el TLCAN.

En cambio, en el caso de México, los tratados internacionales son autoejecutivos, es decir, no requieren formalmente de una legislación específica que los instrumente.

Sin embargo, para hacer consistente la legislación vigente con las disposiciones del TLCAN, se prevén reformas a numerosos ordenamientos,

⁵⁰ Véase *supra*, “Canadá”.

incluyendo a la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.

Dentro de la estrategia que ha diseñado el gobierno mexicano en materia de inversión extranjera destaca la necesidad de mantener a México en una posición competitiva en la pugna por captar flujos del exterior.

Por ello, la reforma al marco jurídico vigente, que data de hace 20 años, debe procurar brindar una mayor seguridad jurídica al inversionista extranjero, reduciendo los márgenes de discrecionalidad de la autoridad administrativa.

En este contexto, se enviará un nuevo proyecto de ley de inversión extranjera al Congreso de la Unión, mismo que toma como punto de partida el resultado de la negociación del capítulo XI del TLCAN. Como ya se describió a lo largo del presente estudio, dicho capítulo contiene seis disciplinas básicas, a saber, apertura sectorial, trato a la inversión, requisitos de desempeño, transferencias, expropiación y solución de controversias inversionista-Estado. El nuevo proyecto de ley hará extensiva al resto de la comunidad inversionista internacional dos de estas disciplinas: apertura sectorial y la obligación de no imponer requisitos de desempeño.

El resto de los principios será incluido en tratados bilaterales de protección y promoción a la inversión cuyas negociaciones se iniciarán en el primer semestre del próximo año. Una vez concluidas, los inversionistas de los Estados que hayan suscrito un tratado de esta naturaleza con México, gozarán exactamente de los mismos beneficios a los que se harán acreedores los inversionistas del TLCAN y se consolidará la política de procurar la diversificación de las fuentes de inversión.

El proyecto de ley incorporará algunos de los esquemas contenidos en el Reglamento de la Ley expedido en 1989, tales como el mecanismo de inversión neutra y fortalecerá asimismo las obligaciones de inscripción ante el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras. Esto último se debe a que sólo estarán obligados a obtener autorización previa de la CNIE los proyectos ubicados en sectores específicos y las adquisiciones mayoritarias de sociedades mexicanas por parte de inversionistas extranjeros que excedan de los umbrales negociados en el capítulo XI. Por ende, la mayoría de los proyectos de IED mayoritaria no requerirán de autorización lo que se traducirá en un régimen de automaticidad. Para efectos de recopilar la información estadística correspondiente, se fortalecerá la institución del RNIE.

El nuevo marco jurídico debe concebirse como un elemento adicional de competitividad de la economía mexicana en aras de captar mayores flujos de IED. Si a ello aunamos las ventajas competitivas que reúne nuestro país y la entrada en vigor del TLCAN, se sientan las bases para que México mantenga su lugar de vanguardia en materia de atracción del capital foráneo.

VIII. PERSPECTIVAS EN MATERIA DE IED

Los años que se avecinan se caracterizarán por la intensificación de la competencia por captar recursos del exterior para complementar el ahorro interno. Esta pugna será más palpable en las economías en desarrollo, las cuales ofrecerán cada vez mayores incentivos para atraer IED con el fin de evitar un mayor rezago.

En este contexto, la región de Norteamérica, con un mercado potencial de más de 360 millones de consumidores, se convertirá a partir de la entrada en vigor del TLCAN en un núcleo receptor importante de proyectos de IED. Dentro de este escenario, México aspira a convertirse en un imán que capture proyectos destinados a satisfacer las necesidades de la región. Si a ello agregamos el hecho de que México pretende convertirse en el eje del libre comercio en el continente americano, las perspectivas de flujos crecientes de IED hacia el país son alentadoras.⁵¹

El TLCAN, y en particular el capítulo XI, son un complemento importante para los esfuerzos de estabilización y crecimiento económico sostenido que se han instrumentado en la última década. La actitud frente al fenómeno de la IED es y debe seguir siendo de apertura aunque con los límites y salvaguardas que se derivan de nuestra historia y nuestra realidad económica.

Volver a esquemas proteccionistas en lo comercial supondría un suicidio económico. Retornar a un clima de regulación excesiva a la IED y de temor infundado hacia su presencia y expansión sería equivalente a cerrar los ojos ante una realidad ineludible.

Más que temerle, debemos sacar provecho de lo que ofrece la IED. Hay que reconocer que también conlleva costos y que no es la panacea que resolverá todos nuestros problemas pero también debemos concluir que, en

51 Actualmente, México está negociando tratados de libre comercio con Colombia y Venezuela, Bolivia, Costa Rica, Nicaragua, Guatemala, Honduras y el Salvador y ampliando su Acuerdo de Complementación Económica con Chile.

la balanza, acarrea más beneficios que desventajas. Por ello, la política actual de promoción al capital foráneo llegó para quedarse. Asumir una actitud contraria sería volver al pasado y nos condenaría al subdesarrollo.