



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

**“LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA DE LA INVERSIÓN
EXTRANJERA EN EL MARCO DEL TRATADO DE
LIBRE COMERCIO CON AMÉRICA DEL NORTE”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A:

FRANCISCO JAVIER SOLANO GÓMEZ.

ASESOR: LIC. MYRHGE DEL CARMEN SPROSS BARCENAS



SAN JUAN DE ARAGÓN, ESTADO DE MÉXICO

2007



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS

A la dulce energía, que se despliega diariamente en todas las cosas, colándose en la piel de todos los hombres, en todas las cosas infinitas, que me ha llenado de voluntad para elegir la vida que mejor me place, y que de algún modo ha hecho que no me pierda.

A mi padre, Francisco y a mi madre Maria Antonia, por su sacrificio plasmado en sus manos destrozadas por los amaneceres en que he vivido, y por la felicidad que se proyecta en las tardes que nos quedan por soñar. No me han perdido de vista a pesar de que estamos en diferentes galaxias, enseñándome a desdoblar los límites de la mente y del espíritu.

A la Universidad Nacional Autónoma de México que de la campaña del desprestigió paso al reconocimiento internacional por meritos propios. Se inscribió con letras de oro su nombre en San Lázaro pero desde siempre ha tenido sus letras en mi carne y espíritu, institución a la que quiero de verdad, en especial a la Facultad de Estudios Superiores Aragón, que ha permitido que mis aspiraciones se convirtieran en realidades.

A la oportunidad de tener un sistema gratuito de educación laica que me permitiera ser un profesionista, sin dogmas preestablecidos.

A los profesores que intervinieron en esta investigación. Al maestro Antonio Reyes Cortes, por sus acertadas recomendaciones y consejos para mi desarrollo como profesionista; a la Licenciada Claudia Corona Cabrera por su paciencia, consejos y esmero en la revisión de la investigación, a mi asesora de Tesis Licenciada Myrhge del Carmen Spross Barcenatoda mi gratitud por descifrar el laberinto de ideas para proyectarlo en este trabajo; al Licenciado Gregorio Rodríguez López por sus acertados puntos de vista y al Licenciado Cesar Alberto Montoya por la confianza depositada. Muchas Gracias.

A todos los profesores con los que he tratado, en especial a los siguientes: Juan Manuel Romero de la ENP 8, Arturo Muñoz Cota de la FES Aragón, el profesor Datoly de la Escuela Mexicana de Electricidad, por prestarme sus ideas para que se encierren en mi cuerpo y de alguna manera convertirlas en mi voz y enseñarme a cuestionar las frases, ya nos veremos en algún oasis del desierto.

A mis hermanas Ana Karina y Maria Elena, que saben a donde voy en el tiempo y lo que intento

DEDICATORIA.

Aún recuerdo los días de mi ingreso como Estudiante de la Escuela Nacional Preparatoria dejando atrás a varios compañeros de la secundaria y sintiéndome situado en un mundo envidiable y superior.

Las letras de Hermann Hesse, Baudelaire, Rimbaud, Goethe entre otros, la música de Lise, Mozart, el arte y mi amado rock and roll que acompañaron los días de mi adolescencia siguen en mi mente y mi alma, dedico mi tesis a los autores que mediante el milagro de las letras me enseñaron la ingobernabilidad del corazón, el significado de la historia del mundo y el valor del espíritu que a través del razonamiento transforma y enriquece el corazón.

Los días que transcurrieron mientras se elaboró este trabajo no hicieron que fuera una tarea fácil, a decir verdad cada uno de los capítulos fueron meses enteros trabajando en un ambiente de días dolorosos, de soledad, sufrimiento y de lucha tanto a nivel personal como en el ámbito de los acontecimientos en los que se vio dividido mi país. No obstante quiero dedicar esta tesis de licenciatura a lo que en algún momento ha desvanecido las densas sombras en los últimos años, a aquellas personas y cosas que me han dado un nuevo enfoque de claridad y belleza, a las que de alguna manera me han inspirado sin esfumarse en el espacio y el tiempo.

Actualmente, la vanidad que me envolvía, esa soberbia solo resulto ser un fantasma del falso orgullo y no me siento en un plano de supra posición respecto a las demás personas, sin embargo me siento orgulloso de mi formación y de haber tenido la oportunidad de pertenecer a la Universidad Nacional Autónoma de México, por lo que dedico este trabajo a todas las personas que hacen posible que la Institución siga adelante.

Así mismo, dedico este trabajo al celestial Sol, a los que están en la oscuridad por sus ideas, a los héroes en el olvido, a los que aprietan los puños ante las injusticias, a los que cayeron al mundo pero no perdieron sus alas, a los de espíritu y alma joven, a los sobrevivientes, a los que trabajan en la construcción, a los campesinos, a las víctimas de la guerra, a los jóvenes que están en soledad, a las personas pobres, a los débiles, a los que tienen sed de justicia, a mi sangre indígena, a los conciliadores, a los que están cansados de pedir perdón, a los que no les da miedo vivir, a los que alguna vez los han herido, a los que no les han matado la risa, a los que escuchan a su corazón, a las víctimas de los miserables traidores, a los que sufren del racismo, a los que padecen hambre y desnutrición, a los que buscan una razón para vivir...

A ti, que haces que todo valga la pena.

Francisco Javier Solano Gómez.

AGRADECIMIENTOS ESPECIALES.

Hace mucho tiempo se inicio el viaje y durante ese trayecto algunas veces seremos mendigos, otras veces grandes señores en carruajes, pero el camino siempre es una dirección perpetua en busca de saciar la sed, no importando filosofías, abandona a Govinda, vaga sin conservar nada. Ese es el camino del conocimiento.

Doy gracias a la tierra por su aliento, al venado que danza alrededor del fuego, al mar que refleja la luna, al viento, a los sueños que permanecen en el día, a las miradas perdidas, al corazón que se entrega, a las lejanas estrellas que sacian la sed, a la fiel soledad, al frío que da abrigo, a los amigos que no se pierden en el tiempo, a la rabia ausente en la juventud insolente, a la razón, a las despedidas definitivas que nos han hecho crecer, a la fantasía disfrazada de locura que acecha, al laberinto de la mente y a la conciencia que nos hace perder el miedo de traspasar esa frontera, a las voces sin sentido, al silencio, a la nada que es real, a los parpadeos, a los extraños que te tienen en la memoria, que te recuerdan, a Berenice que me mostró que significa la belleza en su forma más completa, a los conocidos que te olvidan, a Lucy en el cielo con diamantes, al espíritu del vino, al eterno saber, a la verdad que sobresale de la mentira, a la fe a pesar de las decepciones, al veneno convertido en antídoto, al miedo, al árbol que cobija, a las derrotas, a la música y sus secretos, a la oscuridad, al sufrimiento, a los que nos traicionan, a las heridas, a los errores, al desprecio, a la realidad, al cielo, a mis botas, al rock and roll, al amanecer, a la felicidad, a la realidad, a los aciertos, a los besos prolongados, al deseo, a la pasión, a las despedidas breves, a la fe, a las causas perdidas, a la pobreza, al no querer tener nada que sea efímero, al azar, al destino, al valor, a la ilusión, a las pesadillas, a los suspiros, a tu sonrisa, a Don Goyo, a las piedras que son altares, al lado activo del infinito, al arte, a la belleza, a la sed de justicia, a la levedad, al peso, a la esencia, a la calma, a la risa, al alma, a los ángeles que se encuentran perdidos en las calles, a la paz, a la empatía, al camaleón, a la sabia serpiente, al lobo estepario, al león todo corazón cuyo dueño es la razón, al instinto, al delfín inteligente, al don del águila, al jaguar que desdobra la mente, a los enemigos del conocimiento: El miedo, el poder, la claridad y la vejez; al amor, al amor por siempre, al amor que no hace distinción, al amor que nos hace entonar cualquier canción, al amor que es capaz de enseñar a otros, al amor que despeja los problemas, al amor que brinda ayuda, al amor, amor, amor...

Francisco Solano.

Escrito desde el lugar donde el lobo charla con la serpiente, cerca del fuego contenido en la oscuridad.

LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN EL MARCO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON AMÉRICA DEL NORTE.

ÍNDICE

	Pag.
INTRODUCCIÓN.	1
CAPÍTULO 1 Conceptos relativos al Derecho Internacional, la inversión extranjera y la expropiación.	5
1.1 Derecho Internacional.	5
1.1.1 Derecho Internacional Económico.	10
1.1.1.1 Economía.	11
1.1.1.2 Derecho Económico y Derecho Internacional Económico.	12
1.1.1.3 Sistemas Jurídicos Económicos.	14
1.1.2 Sujetos del Derecho Económico.	16
1.2 La inversión extranjera.	18
1.2.1 Concepto de inversión extranjera.	19
1.2.2 Nacionalidad de la inversión extranjera.	20
1.2.3 Clasificación de las inversiones extranjeras.	21
1.3 La expropiación.	25
1.3.1 Derecho de la propiedad.	25
1.3.2 Expropiación.	28
1.3.2.1 Definición de expropiación.	29
1.3.2.2 Sujetos de la expropiación.	31
1.3.2.3 Objeto de la expropiación.	32
1.3.2.4 Presupuestos de la expropiación.	33
1.3.2.5 Características de la expropiación.	33
1.3.2.6 La utilidad pública	35
1.3.2.7 La indemnización.	36
1.3.3 La expropiación indirecta.	37
CAPÍTULO 2. Análisis de integración económica de México y Acuerdos de Libre Comercio	44
2.1 Integración económica.	45
2.1.1 Antecedentes.	46
2.1.1.1 Orden económico mundial.	46
2.1.1.2 Integración regional al término de la Guerra Fría.	48
2.1.2 Integración económica silenciosa.	49
2.1.3 Acuerdos y Tratados de integración económica.	51

2.1.3.1 Niveles de integración económica.	54
2.1.3.2 Integración económica de México.	55
2.2 Acuerdos de Libre Comercio.	63
2.2.1 El Acuerdo de Libre Comercio Estados Unidos-Canadá	64
2.2.2 El Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN).	66

CAPÍTULO 3. La inversión extranjera y la expropiación dentro del Derecho Mexicano y el Tratado de Libre Comercio con América Del Norte. 71

3.1 La soberanía de la Constitución Mexicana frente a la naturaleza jurídica del Tratado de Libre Comercio con América del Norte.	71
3.1.1 La Supremacía Constitucional.	75
3.1.2 Cláusula Calvo y la inversión extranjera.	80
3.1.3 Marco jurídico internacional del Tratado de Libre Comercio con América del Norte	81
3.1.3.1 Naturaleza jurídica del Tratado de Libre Comercio con América del Norte.	82
3.1.3.2 El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la Soberanía.	85
3.2 La expropiación en el Derecho Mexicano.	87
3.2.1 La Ley de Expropiación.	90
3.2.2 Procedimiento expropiatorio.	92
3.2.3 Indemnización por actos de expropiación.	93
3.3 Marco jurídico interno de la inversión extranjera.	95
3.3.1 Ley de Inversión Extranjera.	95
3.3.1.1 Sujetos del Derecho en la Ley de Inversión Extranjera.	99
3.3.1.2 Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.	100
3.3.1.3 Resolución General número 5 de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras.	101
3.3.2 Nacionalidad de la inversión en el Derecho Mexicano.	102
3.3.3 Ámbito de aplicación de los acuerdos de inversión en el Derecho Mexicano.	103
3.3.4 Ámbito de actividades de la inversión extranjera en el Derecho Mexicano.	104
3.4 La expropiación indirecta en el capítulo XI del Tratado de Libre Comercio con América del Norte.	107
3.4.1 Inversión dentro del Tratado de Libre Comercio con América del Norte	108
3.4.1.1 Definición de inversionista en el Tratado de Libre Comercio con América del Norte.	109

3.4.1.2	Ámbito de aplicación de la inversión en el Tratado de Libre Comercio con América del Norte.	110
3.4.2	La expropiación indirecta dentro del Tratado de Libre Comercio con América del Norte	111
3.4.3	Sección B del TLCAN solución de controversias inversionista-Estado.	116
 CAPÍTULO 4. Replanteamiento del concepto de expropiación indirecta y planteamiento de obligaciones a inversionistas extranjeros dentro de los Acuerdos Comerciales.		 121
4.1	Concepto de expropiación indirecta.	122
4.1.1	Casos de expropiación Indirecta en el Tratado de Libre Comercio con América del Norte..	123
4.1.2	Análisis del criterio arbitral en los laudos de expropiación indirecta.	143
4.1.3	Validez del concepto de expropiación indirecta en el Derecho Mexicano.	153
4.2	Replanteamiento del concepto de expropiación indirecta en el capítulo de inversiones en el Tratado de Libre Comercio con América del Norte y en futuros acuerdos comerciales.	156
4.2.1	Los derechos de los inversionistas frente a las expropiaciones.	158
4.2.2	Negociación del capítulo de inversiones.	160
4.2.3	Planteamiento de obligaciones para los inversionistas en el marco del Tratado de Libre Comercio.	162
4.2.3.1	Medidas de regulación de inversiones en resguardo del interés público.	164
4.2.3.2	Medidas de regulación de inversiones en resguardo del medio ambiente.	166
4.2.4	La postura que se debe adoptar basándose en la experiencia del artículo 1110 del Tratado de Libre comercio con América del Norte sobre expropiación indirecta, en la negociación del capítulo de inversiones del Acuerdo de Libre Comercio de América.	167
4.2.4.1	Exclusión del concepto de expropiación indirecta en el capítulo de inversiones.	170
 CONCLUSIONES.		 172
FUENTES CONSULTADAS.		178

INTRODUCCIÓN

Dentro de los acuerdos internacionales de inversión deben quedar comprendidas acciones que realicen dos o más actores internacionales (Estados, instituciones y empresas), con el propósito de alcanzar un objetivo común de tipo económico, político, científico o tecnológico de forma eficaz, completa, de mayor utilidad y más fácil que si cada uno lo buscara de manera independiente.

Los Estados han celebrado acuerdos en torno a la realidad internacional, pero muchas multinacionales han procurado que estos sean con base en sus intereses estratégicos. Por lo tanto, es necesario destacar tendencias indicativas como la conformación de bloques económicos y mecanismos de cooperación, con el objetivo de crear interdependencia entre los mismos, fortalecimiento económico, así como la expansión del comercio internacional. Para los fines del presente trabajo establecemos que el Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN) es parte del fenómeno de la formación de bloques económicos y la Integración Económica.

El Gobierno Mexicano celebró el Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN) con el fin de solucionar problemas endémicos y acelerar el desarrollo. Desde la entrada de México en el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) se ha tratado de ejecutar medidas de reestructuración de sus políticas económicas por medio del Neoliberalismo, por lo tanto también han tenido que enfrentar el desafío de la dependencia de las potencias hegemónicas y las presiones del exterior.

La investigación expone un diagnóstico de las condiciones y mecanismos de dicho acuerdo referente al término de *expropiación indirecta*, a través del Capítulo de Inversiones contenido en el mismo. Los objetivos específicos del

trabajo son los siguientes: presentar las condiciones internas, así como las influencias externas en la región que obstaculizan o potencien la necesidad de establecer bloques económicos, así como establecer que entre los mecanismos e instrumentos específicos están el establecimiento de un Capítulo de Inversiones donde se encuentra contenido el término antes señalado.

El interés de la cooperación entre México, Estados Unidos de América y Canadá, surgió por la necesidad de estos Estados de vincularse a partir de la búsqueda de una apertura que ejerza un efecto positivo sobre la inversión privada y ampliar los mercados, lo que significaría ampliar las exportaciones, a pesar de que los Estados pobres (México) no pueden competir en los mercados mundiales, básicamente por que disponen muy limitadamente de recursos que tampoco podían adaptar a sus sociedades por el atraso y las restricciones económicas.

En esta investigación se muestra que la imposición del concepto de *expropiación indirecta* es consecuencia de la proliferación de estatutos jurídicos particulares extendiéndose más allá del alcance del concepto de expropiación.

El Tratado de Libre Comercio con América del Norte creó una serie de compromisos internacionales en donde cualquier discrepancia en su aplicación tiene que atenderse y dirimirse en los paneles arbitrales. Entre las cuestiones jurídicas que más se resuelven encontramos 1) trato justo y equitativo y 2) expropiación en su faceta de indirecta.

Al leer esta investigación nos daremos cuenta del análisis del concepto expropiación indirecta se desprende que es un término mutable al incluir a la expropiación en su manera directa al referirse a los actos del Estado donde

se transfiere la propiedad de un particular al mismo por causa de utilidad pública y mediante una indemnización.

La *expropiación indirecta* se refiere a medidas que son equivalentes a la expropiación, y aunque no se especifique cuales son estas medidas, las entendemos porque aplican a cualquier actividad ó incluso a la no actividad del Estado que afecte la propiedad privada e interfieran con el uso, goce, disfrute de la propiedad en cualquiera de sus formas.

Espero que el lector encuentre esta investigación como punto de partida para elaborar un análisis y ahonde en la búsqueda de conocimiento sobre este tema, esta cuestión causa mucha controversia entre académicos e investigadores del Derecho Internacional y del Derecho Económico, por lo que al señalar en la investigación los casos que se han dirimido dentro de los paneles arbitrales se justifica el porqué era necesario hacer el planteamiento de que sea precisado el término o incluso excluirlo en futuros acuerdos internacionales de inversión.

En un primer momento, el trabajo asumió necesario considerar los siguientes elementos del objeto de estudio:

- La utilización de los instrumentos facilitados por la cooperación internacional, como los convenios entre gobiernos y diversos procesos de Integración Económica silenciosa.
- Las presiones exógenas y endógenas han propiciado el establecimiento de los mecanismos para la formación de futuros acuerdos comerciales.

Dentro del presente análisis se estudian conceptos relativos al Derecho Internacional, la inversión extranjera y la expropiación, para lograr una

adecuada estructuración de un marco conceptual, y asociar como el tratado en comento se basa en una teoría económica formulada para que este sea más que un acuerdo comercial, al ser un paso mas en la consolidación y extensión del mercado neoliberal.

De las condiciones económicas, comerciales, políticas y sociales de cada uno de los países miembros, se rescatan los enfoques teóricos que han explicado a lo largo del tiempo la celebración de acuerdos comerciales, de regionalización e integración en las relaciones internacionales, destacando los elementos que dan lugar al Tratado de Libre Comercio con América del Norte, describiendo la contradicción que existe entre los conceptos de inversión extranjera y expropiación dentro del Derecho Mexicano y el Tratado de Libre Comercio con América del Norte, buscando que los tratados y los futuros acuerdos de inversión logren tener el carácter de leyes supranacionales para ser una garantía de las inversiones, donde el propósito de dichos tratados es el ser un ordenamiento por encima de la soberanía de cualquier Estado miembro de dichos acuerdos.

Es necesario el replanteamiento del concepto de expropiación indirecta y formular una serie de obligaciones a inversionistas extranjeros dentro de los Acuerdos Comerciales, al no contener el tratado ninguna disposición que imponga deberes o compromisos a los inversionistas.

El siguiente análisis demuestra que el Tratado de Libre Comercio con América del Norte en tan solo una de sus partes (concepto de expropiación indirecta) merece una dura crítica al establecer la compensación por inmediatas o futuras perdidas causadas por leyes de interés público, siendo necesario la búsqueda de propuestas para tratar de eliminar o modificar el artículo 1110 del Tratado de Libre Comercio con América del Norte, e impedir que se extienda en futuros acuerdos comerciales.

CAPÍTULO 1. CONCEPTOS RELATIVOS AL DERECHO INTERNACIONAL, LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y LA EXPROPIACIÓN.

Es importante tener una visión general de los conceptos que se relacionan con el tema de la *expropiación indirecta*, y así entender las oportunidades y desventajas que han implicado la utilización de términos imprecisos como el anteriormente citado. Este término contenido en materia de inversión es contemplado en un universo muy amplio ligado directamente con el Derecho Internacional y al Derecho Económico.

1.1 DERECHO INTERNACIONAL.

Dentro de un panorama general y evolutivo, el Derecho Internacional surge ante la necesidad de regular las relaciones jurídicas entre los Estados, se concibió como parte de establecer derechos y obligaciones entre los mismos así como crear instituciones o mecanismos para resolver las controversias suscitadas entre uno o más Estados.

En un principio fue un conjunto de reglas no escritas, donde se buscaba regular la delimitación de territorios, mares, recursos, etc., donde estos derechos se imponían por medio de la fuerza y los ámbitos de influencia política dependían de la hegemonía de un Estado para ejercer su fuerza militar. Algunos negadores radicales del Derecho Internacional justifican su postura, al decir que no existe tal, debido a que es una imposición de la fuerza, no del Derecho. Pero la crítica a tal pensamiento es que los Estados crean las normas a las cuales se sujetan y aunque no exista subordinación entre los miembros de la comunidad Internacional, el Derecho Internacional es un orden jurídico de entidades coordinadas jurídicamente iguales.

Después de la Primera y Segunda Guerra Mundial, se ha buscado consolidar un refinamiento del Derecho Internacional promoviendo la convivencia pacífica de los Estados y la solución pacífica de las controversias. Por lo que se crearon organizaciones internacionales para controlar la solución de conflictos, la Liga de las Naciones al término de la Primera Guerra Mundial, y posteriormente con la Organización de las Naciones Unidas al concluir la Segunda Guerra Mundial.

Pero un solo organismo resultaría insuficiente para solucionar los conflictos entre Estados, por lo que han surgido organismos internacionales creados por los mismos, como portadores de sus propios derechos y competencias para la celebración de tratados o para expedir cierto tipo de reglas vinculantes entre los suscriptores o miembros de cierto Organismo Internacional. Estos a su vez tienen cierta competencia o jurisdicción, como la Organización Mundial de Comercio, El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, etc.¹

Es importante mencionar que el Derecho Internacional, regula las relaciones de los Estados que por su propia voluntad o por su naturaleza, decidan sujetarse a éste. La importancia radica en que por este medio, se busque equilibrar las relaciones de los Estados o los gobiernos.

El Derecho Consuetudinario, es la principal fuente para el Derecho Internacional, la costumbre señala una norma ya existente y a su vez es una norma jurídica nueva, que surge de la práctica. También la doctrina y los principios generales del Derecho son parte integral del mismo.

¹ Herdegen, Matthias. Derecho Internacional Privado. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas México, 2005. p. 2

Los Estados pueden manifestar su voluntad mediante una serie de diferentes mecanismos como las negociaciones internacionales, en éstas los participantes buscan producir una norma jurídica, derogarla o limitarla, así como hacerla particular o general. Entre las principales negociaciones encontramos:²

- a) Reconocimiento Internacional.- Este tipo de reconocimiento puede darse de diferentes maneras una de ellas es cuando un Estado reconoce a otro discrecionalmente al favorecer a las fuerzas insurrectas con el reconocimiento oficial de su existencia, otra es lo que se conoce como el reconocimiento de Estado donde uno o un conjunto de Estados manifiestan su voluntad de tratar a otro como tal. De este tipo de reconocimiento se deriva: El Derecho de Legación, el nacimiento de responsabilidades internacionales, y el reconocimiento de un Estado a otro.
- b) Congresos y conferencias. En éstos, se estudian temas o materias de carácter técnico o doctrinal, no son oficiales y son solo para el estudio ó análisis. En las conferencias se tiene un carácter más formal ya que asisten expertos en la materia y representantes autorizados para discutir materias internacionales de interés común.
- c) Los Tratados. Es la manifestación de la voluntad de la relación de los miembros de la comunidad internacional. Son elementos de los tratados: La capacidad, consentimiento, objeto y causa.
- d) Declaraciones. Tiene cuatro acepciones: la parte declarativa de un tratado llamada proemio; la manifestación de política que piensa seguir una nación; tratados indebidamente llamados declaraciones; la manifestación unilateral que produce efectos jurídicos.
- e) Renuncias. Por medio de esta, un Estado abandona voluntariamente un Derecho o expectativa del mismo, siempre y cuando éste sea

² Sepúlveda, César. Derecho Internacional, Editorial Porrúa, México, 1998. México. p. 36-39

susceptible de renuncia, produciendo normas jurídicas en beneficio de otras naciones.

- f) Protestas. Es la declaración de voluntad de un Estado en que no se reconoce legítima una conducta que otro Estado planea realizar y lesiona los intereses jurídicos del que protesta.

De acuerdo con la teoría dualista,³ cuando existe un conflicto de leyes, cada Estado determina el Derecho aplicable a determinado asunto y dependiendo del ámbito, se rige por el mismo, ya sea de manera interna o externa. Esto es, que las relaciones internas operan por el Derecho interno y las relaciones externas por el Derecho Internacional. En un acuerdo o tratado Internacional, se busca regular las relaciones internacionales, y estos tratados pueden ser validos en lo interno, siempre y cuando existan normas internas que le den aplicabilidad.

Puede haber casos donde un Estado se comprometa ante algún actor del Derecho Internacional a que en su legislación nacional se contemple cierto contenido ambiental, económico, social, etc. Y si en su ordenamiento interno se contravienen a las disposiciones del Derecho Internacional que previamente acordó acatar en ese mismo ámbito, puede estar sujeto a la sanción internacional. Aun así, ese Estado puede elegir entre la derogación o la aplicación de los compromisos internacionales en las leyes nacionales. Si no lo hubiera hecho antes de un litigio, el Derecho Internacional prevalecerá sobre el Nacional, de acuerdo a la teoría dualista esta superioridad jerárquica no puede contemplarse como una violación a la soberanía interna, ya que su supremacía está reconocida previamente por el Estado mediante tratados o convenios, además el Derecho Consuetudinario Internacional (*ius cogens*) es vinculante y obligatorio, rigiéndose por el principio de "*pacta sunt servanda*":

³ Katzarov, Konstatin. Teoría de la Nacionalización. El Estado y Propiedad. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México. p. 193-195.

ó “los compromisos se cumplen”. A manera expresa la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de la que México forma parte reconoce la existencia de ese tipo de reglas: *“Artículo 53.- Para los efectos de la presente convención, una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”* solo se considera nulo un tratado cuando se contrapone a una regla imperativa del Derecho Internacional.⁴

Por lo tanto el Derecho Internacional es un conjunto de normas jurídicas aceptadas entre los Estados, reguladoras de las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional, regulando también las relaciones entre los Estados y organizaciones internacionales. Puede ser también de carácter público o privado cuando su extensión sea amplia, incidiendo en todas las ramas del Derecho que rijan situaciones concretas susceptibles de permitir la aplicación de preceptos provenientes de más de un sistema jurídico, regulando las relaciones jurídicas en alguna materia concreta del Derecho (civil, mercantil, penal, fiscal, etc.) Y esta relación se puede dar entre los actores de la comunidad internacional.

Así, podemos definir al Derecho Internacional como: ***El conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de los Estados, y los sujetos de la comunidad internacional, estableciendo los derechos y deberes de los mismos en la comunidad internacional; determinando las competencias de cada Estado y reglamentando las organizaciones e instituciones de carácter internacional.***

⁴ Herdegen, Matthias. Op. Cit. p. 155

1.1.1 DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO.

El Derecho Internacional Económico surge ante la necesidad de regular las relaciones bilaterales y multilaterales en materia económica o mercantil, ninguna otra área del Derecho Internacional se encuentra tan regulada y ha alcanzado una profundidad jurídica tan amplia. Al concluir las Rondas de Uruguay, y con la creación de la Organización Mundial del Comercio, se estableció la protección de los servicios y la propiedad intelectual, teniendo un margen más amplio que la sola comercialización de bienes, la creación de un mecanismo para la solución de controversias y la protección de las inversiones mediante tratados.⁵

El Derecho ha manifestado tener una vocación general en todas sus ramas hacia el desarrollo de normas con contenido económico, cuya función es la organización cada vez más precisa de la economía.

El Derecho se relaciona con la Economía de acuerdo a la naturaleza del primero. Las fuentes reales o materiales son las que atañen al origen de las normas jurídicas, y es justo señalar que una fuente real del Derecho Internacional Económico es sin duda alguna la Economía, ya que ésta incide en su contenido de las normas mismas. Se considera válido hablar de un Derecho Económico porque es sobresaliente la presencia de elementos económicos para la elaboración de las normas. Estas normas pueden ser tanto de aplicación interna como de aplicación internacional por lo que podemos hablar de un Derecho Internacional Económico.

Para hacer un análisis del concepto de Derecho Internacional Económico tenemos que separar los dos conceptos que conforman al término de

⁵ Herdegen, Matthias. Op. Cit. p. 47

Derecho Internacional Económico, a continuación analizaremos la relación entre la Economía y el Derecho, definiendo el concepto de economía.

1.1.1.1 ECONOMÍA.

Se le considera a la Economía como ***“La ciencia que se ocupa de la administración de los recursos, que siendo escasos, son también necesarios o deseados por el hombre, y en concreto, del estudio del intercambio, producción, distribución, y consumo de la riqueza.”***⁶ Un error frecuente es pensar que la economía solo se trata del intercambio de bienes, o del desarrollo de actividades comerciales. Al referirse el concepto a los medios de producción, a los recursos y la riqueza, es porque se afecta el bienestar general de un Estado y su población. Por lo tanto es indispensable pensar en relacionar este concepto con el Derecho porque finalmente para la administración de dichos recursos se tiene que crear un ordenamiento jurídico, siguiendo una serie de principios jurídicos para realizar cierto modelo económico. Reglamentando y haciendo cumplir normas en caso de fallas, aportando elementos para la seguridad jurídica de la riqueza.

Los elementos necesarios que aporta el Derecho a la Economía son: La generalidad, la abstracción, la publicidad, la claridad, la congruencia, la no retroactividad, etc. Y los principios con los que contribuye son: el principio general del derecho conforme al cual nadie puede ser obligado a lo imposible, justicia, la solidaridad, la seguridad jurídica, la libre concurrencia, la concurrencia leal, entre otros.

⁶ Enciclopedia Hispánica, Volumen 5, Editorial Enciclopedia Británica Publishers, Inc, México, 1995. p. 254.

1.1.1.2 DERECHO ECONÓMICO Y DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO.

Una definición que tenemos de Derecho Económico es la del Diccionario Jurídico Mexicano elaborado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, que sostiene que el Derecho Económico es **“El conjunto de valores, principios, normas y procedimientos jurídicos tendientes a requerir, posibilitar y controlar la intervención directa o indirecta e imperativa del Estado en todos los aspectos macro y microscópicos de la economía, a través de medidas y actividades coactivas y persuasivas, estimulantes y disuasivas, a fin de proveer y garantizar las condiciones y los objetivos de implantación, estructuración, funcionamiento, reproducción, crecimiento, y desarrollo de dicha economía y, por lo tanto, la producción distribución y uso o consumo de bienes, servicios e ingresos.”**⁷

Para definir el Derecho Internacional Económico, el diccionario lo hace expresando que incluye de su ámbito la sistematización de las reglas jurídicas referentes a las relaciones económicas entre Estados y otros actores del orden mundial.⁸

Jorge Witker, plantea que el Derecho Económico es una rama del Derecho, integrada por categorías jurídicas (elemento formal) y económica (elemento material). Donde ambos elementos tienen como eje central el intervencionismo estatal en la economía mixta o socializada para alcanzar metas definidas por el sistema jurídico global, recogidas en las constituciones nacionales. **“El Derecho Económico es un subconjunto normativo que regula, disciplina y ejecuta la política económica y la planificación en busca del desarrollo que equilibre las necesidades sociales”**⁹

⁷ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, S. A. y UNAM, 2da. Edición, Tomo D-H, México, 1987. pp. 850.

⁸ Idem.

⁹ Witker, Jorge. Derecho Económico. Colección de Textos Jurídicos. Edit. Harla, México, 1990. p. 9.

Entonces, podemos decir que el Derecho Internacional Económico se encarga de regular¹⁰:

1. Instituciones económicas internacionales.
2. Transacciones económicas internacionales.
3. Conflictos económicos entre los Estados y los Actores.
4. Espacios y problemas vinculados a la soberanía económica residual de los Estados. Y que cita entre estos problemas:
 - a) El establecimiento de personas;
 - b) Inversiones privadas;
 - c) Nacionalizaciones;
 - d) Empresas públicas plurinacionales;
 - e) Cooperación e integración regionales;
 - f) Prestación internacional de servicios;
 - g) Regulación de la transferencia e intercambio de tecnología.

Otra definición que tenemos de Derecho Económico es la formulada por el jurista Carlos Arellano García que nos dice ***“El Derecho Económico es el conjunto de normas Jurídicas que regulan los factores de la producción y comprendemos de estos factores la producción, circulación, distribución y consumo de materias primas y productos elaborados.”***¹¹

El mismo autor nos señala que para definirlo dentro del ámbito internacional sólo nos basta con agregarle el aspecto *Internacional*. Así tendríamos que aludir que Internacional se refiere “entre dos o más naciones” y él lo define como: ***“El conjunto de normas jurídicas que regulan los factores de producción de materias primas y productos elaborados, cuando tal actividad***

¹⁰ Diccionario Jurídico Mexicano. Op. Cit. pp. 984-986

¹¹ Arellano García, Carlos. Segundo Curso de Derecho Internacional Público. Editorial Porrúa, 2da. Edición, México, 1998. p. 791.

humana rebasa los límites fronterizos más allá de un solo país y, por tanto, pueden tener injerencia varios sujetos de la comunidad internacional".¹²

Basándonos en la definición del Doctor Witker, podremos definir al Derecho Internacional Económico como ***El conjunto de normas y procedimientos jurídicos para la regulación de los factores de producción circulación, distribución y consumo de las riquezas, referente a la relación entre un Estado y algún(os) sujetos de la comunidad internacional ya sea en transacciones de carácter público o privado.***

1.1.1.3 SISTEMAS JURÍDICOS ECONÓMICOS.

El Sistema Económico es ***El conjunto de estructuras, relaciones e instituciones dentro del Estado, para resolver las necesidades tanto individuales como colectivas de la sociedad, así como los recursos disponibles para satisfacer dichas necesidades.***

Dentro de cada Sistema Económico existente hay un sistema jurídico de control también del Estado, en forma de normas jurídicas que conforman mecanismos de regulación y disciplinas reguladoras.

Jorge Witker identifica tres Sistemas Jurídicos Económicos:¹³

1. Sistema Capitalista Liberal ó Economía de Mercado. Basado este sistema en una apertura total a la libertad económica Internacional, con una visión dinámica del comercio donde el Estado tutela el capital de origen privado, pero no tiene participación en las empresas, ni en la participación de la planificación económica, ya que los capitales se autodeterminan o desarrollan y el Derecho simplemente se adapta a

¹² Ibidem.

¹³ Witker, Jorge. Op. Cit. p. 32

esta evolución. La finalidad de este sistema es el lucro, o la obtención de la ganancia.

2. Sistema colectivista socialista o economía planificada. En este sistema jurídico se satisface el consumo interno, por medio de un sistema de empresas estatales. La propiedad privada no existe, existe la propiedad estatal y colectiva, los bienes son del dominio exclusivo del Estado. El Estado es el encargado de hacer una planificación de la economía, así como administrar los medios de producción, existiendo un monopolio total por parte de éste.
3. Sistema Mixto Dual ó economías formadas por sectores públicos y privados, descentralizados. Aquí, encontramos tanto empresas de participación privada como estatales, el Estado participa en la actividad económica no limitándose a ser guardián, coexistiendo tanto el Derecho Público como el Privado. Algunos nombran a este sistema como *neoliberalismo*, ya que el Estado establece la dirección del Sistema Económico, pero su participación en la economía solo es en sectores estratégicos, protegiendo los sectores con mayor atraso y liberando gradualmente la economía al comercio exterior.

Por lo tanto, el Estado tiene una participación directa o indirecta en los sistemas jurídicos económicos, ya sea con participación total, parcial o simplemente como guardián de las garantías de las actividades económicas. Es importante mencionar que el Estado no debe limitar su participación a ser simple guardián, porque la autorregulación de la economía no siempre tiene consecuencias favorables. El Estado debe guiar y dictar los mecanismos del mercado hacia los fines perseguidos por éste. Participando en sectores

estratégicos haciendo una intervención *directiva*¹⁴ donde la participación es administrativa. Y donde las políticas de Estado persigan el bienestar social y mejorar la calidad de vida, salvaguardando la ecología, los Derechos Humanos y el comercio justo. Equilibrando el poder económico con el contexto social, para corregir los desequilibrios entre estos dos, y fomentando el crecimiento no solo económico sino de progreso social.

1.1.2 SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO.

Técnicamente los sujetos en el Derecho Internacional Económico son los actores del Derecho Internacional. Basándonos en el Derecho Internacional Público, los que se entienden como “sujetos” son los miembros de la comunidad internacional. Y mencionamos como sujetos los siguientes¹⁵:

- a) Los Estados.
- b) Los organismos internacionales.
- c) Los seres humanos.
- d) Las empresas privadas.
- e) Las asociaciones de Estados.
- f) Las empresas transnacionales.

En un sentido más estricto, todos los agentes económicos que participen en la producción, distribución, elaboración, circulación y consumo de los bienes y servicios son considerados como sujetos del Derecho Internacional Económico, el Estado ya sea como rector o ejecutor es un sujeto dentro de este Derecho; el sector empresarial sea público o privado y el sector consumidor son otros agentes del Derecho Económico Internacional. El

¹⁴ Vid. Witker, Jorge, Curso de Derecho Económico, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989 p.36

¹⁵ Seara Vásquez Modesto. Derecho Internacional Público. Editorial Porrúa, 21ª. Edición, México, 2004 p. 53.

problema es, que algunos sujetos del Derecho Internacional tienen una participación mas bien subjetiva o indirecta en la participación del Derecho Económico, pero el Estado al ser rector del proceso económico, dicta reglas de comportamiento de estos actores, aun cuando alguno de estos se encuentre al margen de cualquier actividad económica.

También es importante señalar que el Estado comparte tareas con diversos tipos de Organismos Internacionales, Asociaciones, así que el Estado no podría ser un actor único en el Derecho Económico, algunas Organizaciones no Gubernamentales (ONG's), tienen un papel importante en cuanto a su capacidad de influencia para las medidas que adopte un Estado para guiar su política económica o sus mecanismos de regulación ante la incapacidad de algunos Estados que se ven rebasados para afrontar problemas de dimensiones mundiales. Las empresas privadas o las transnacionales, son sujetos protagónicos, ya que su participación esta involucrada en todos los agentes económicos de producción. Por lo que pueden penetrar en el derecho domestico instrumentando estrategias globales. Por lo que el Derecho Internacional Económico se encargara de regular las relaciones entre estos sujetos y las transacciones comerciales internacionales sean públicas o privadas.

1.2 LA INVERSIÓN EXTRANJERA.

La Globalización, la Integración Económica y la Interdependencia hacen que la Economía sufra cambios constantes tanto en lo interno como en lo externo. Por lo tanto los Estados se enfrentan a problemas externos que están relacionados con los capitales, y la búsqueda de consolidar economías de mercado orientadas al sector externo. Otro elemento que contribuye al gran incremento del comercio es la inversión extranjera; Ese flujo de capitales, en forma de inversión, fortalece la producción exportadora y en forma de financiamiento, permite equilibrar las balanzas comerciales y las cuentas corrientes desequilibradas.

La inversión extranjera, es una fuente de ingresos para lograr los planes de proyección internacional y extensión de mercados a nivel internacional y efectuar los procesos de desarrollo e industrialización requeridos por parte de las empresas trasnacionales.

Por lo general, las inversiones extranjeras son bien recibidas en los países en desarrollo, y también; debido a la desaceleración económica y la recesión sufrida en muchos Estados durante la última década, las inversiones han adquirido una fuerza tremenda, logrando adecuar legislaciones internas al nuevo entorno internacional. Sin embargo, las condiciones en las que operan dichas inversiones representan siempre un riesgo de controversia entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista. Para efectos de este trabajo es importante hacer el análisis de qué significa una inversión y cómo ésta se encuentra regulada por el Derecho Internacional tanto público como privado, ya que como abordaremos más adelante, la inversión realizada por los inversionistas es sujeta a la expropiación de acuerdo a los diferentes criterios adoptados por los diferentes laudos arbitrales en materia de Comercio Exterior, al adoptar un Estado medidas que puedan perjudicar a un

capital ya sea mediante actos de autoridad o incluso por el no actuar del Estado.

1.2.1. CONCEPTO DE INVERSIÓN EXTRANJERA.

Una inversión es cualquier activo o pasivo, que interviene en cualquier proceso de producción. Estos pueden asumir distintas modalidades dependiendo del Estado donde se hospeden. Este capital se puede presentar de diversas formas, ya sea en monedas, divisas, títulos de crédito, maquinaria, o equipo industrial, activos intangibles como patentes, marcas, tecnología, asistencia técnica, etc.

Entonces el concepto de inversión puede llegar a ser muy amplio, y los alcances que este pueda tener dependerán absolutamente de la legislación o reglamentación de dicho término en el Derecho Nacional de un Estado. Puede ser que se reglamente solamente o alcance rango de ley, pero se debe adoptar una política inteligente para la regulación de lo que se entienda por “*inversión*”. Ya que una rectoría limitada o con falta de visión, lo único que podría lograr es que esos capitales se alejen debido a que la mayoría de las veces las exigencias de los inversionistas son muy altas, y las restricciones son numerosas, provocando políticas impredecibles y contraproducentes a los fines que se pretenden alcanzar mediante la inversión, por lo que esta regulación debe ir paralela con una economía de mercado.

La inversión extranjera por su propia denominación, nos hacer entender que se refiere a todo capital que su origen es extranjero. Jorge Witker nos señala que ***“son aquellas inversiones realizadas en un país o región específicos a través de las vías que señalen las leyes que impliquen transferencia de capital desde el exterior, sea que el proyecto se efectuó directamente por el***

inversionista extranjero o mediante su asociación con un inversionista nacional.¹⁶

Por lo tanto, una inversión extranjera se puede realizar: a través del establecimiento de una persona extranjera en el territorio de cierto Estado, que puede adoptar dos modalidades: Como sucursal u oficina de representación con ingresos, previa autorización por parte del organismo o dependencia que regule las actividades relativas a la inversión extranjera y en sociedad con algún nacional.

1.2.2 NACIONALIDAD DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA.

Partiendo de la obra del maestro Méndez Silva “*El régimen jurídico de la inversión extranjera*” se nos hace la observación de que autores como José Luis Siqueiros afirman que la nacionalidad solo puede atribuírseles a individuos tanto social como jurídicamente¹⁷. Pero que los usos y costumbres de referirnos a la palabra nacional mediante abstracciones a los objetos, hace que se acepte esa filtración en el lenguaje popular y en los tecnicismos empleados por los expertos en la materia. Pero dentro de la estricta técnica jurídica, es impropio hablar de un *capital extranjero o nacional*.

Aun así, nos podemos encontrar con diferentes posturas donde se afirma que el capital si tiene nacionalidad, porque el dueño del mismo es el que le da esa condición. Dentro de esta postura el maestro Méndez Silva nos señala que existen dos criterios para identificar un capital o inversión:

¹⁶ Jorge Witker. Citado por Kaplan, Marcos, en: Regulación de Flujos en el Derecho Internacional. Segunda edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001 p. 80.

¹⁷ Méndez Silva, Ricardo. El Régimen Jurídico de las Inversiones Extranjeras en México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1968. p 11.

1. Nacionalidad del dueño. Dentro de este criterio el capital que pertenece a un extranjero debe ser considerado como tal, y estar sujeto a un régimen específico. Sin embargo, muchas veces se usa la nacionalidad extranjera, como medio para escapar de sus obligaciones y reglamentación del Estado donde se realiza la inversión o bien para obtener un régimen favorable a su inversión. Si alguien adopta la nacionalidad del país donde se hace la inversión, debe considerarse que dicho capital es nacional.
2. Residencia del dueño. Si el inversionista vive permanentemente en el exterior, el capital debe considerarse extranjero. También esto se aplica cuando un nacional radica en el exterior y su capital proviene del extranjero.

1.2.3 CLASIFICACIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS.

Para comprender la importancia que tiene una inversión extranjera, es necesario saber que la inversión se clasifica dependiendo de tres criterios:¹⁸

1. Por su forma.
2. Por las personas que realizan la inversión
3. Por la finalidad y el objetivo de la inversión.

1. Por su forma. Dentro de este criterio se señala la forma en que se realiza la inversión que puede ser una *inversión directa* o una *inversión indirecta*.

La inversión directa. Son los flujos de capitales internacionales en los que una empresa de un Estado crea o amplía en otro. Van a ser de carácter

¹⁸ Ibidem.

permanente y tiene como características la instalación de una nueva empresa o la ampliación de una existente¹⁹

Las *inversiones directas* siempre resultan más benéficas para el crecimiento del Estado. Puesto que este tipo de inversiones es de origen particular y el desplazamiento del capital es para emprender negocios en el exterior. Pueden estar dirigidas estas inversiones a empresas, industrias, actividades de producción, en beneficio del crecimiento industrial y económico del Estado donde se realiza la inversión. Lo negativo de estas inversiones es que por lo general sus recursos son destinados con el propósito de adquirir control, porque no se obliga financieramente, sino que se vuelve parte de una corporación extranjera.

La inversión indirecta. Es la que se da a través de préstamos, emisiones de títulos de crédito, colocación de acciones en el mercado de valores en otro Estado. La ventaja de este tipo de inversión es que los extranjeros no tienen control ni disposición de los recursos nacionales.

Es importante decir que cualquier tipo de inversión es buena, siempre y cuando si se trata de una inversión directa, se mantenga una estrecha relación entre los inversionistas y el Estado. Y que se vigile que las inversiones sean realmente para un crecimiento económico del Estado. Esto solo puede ser posible mediante la estructuración de una política Económica donde se alcancen metas definidas por el sistema jurídico Económico.

La inversión indirecta nos ofrece la ventaja de que son prestamos o créditos que adquiere el Estado, pueden estos estar condicionados o no; cuando esta inversión indirecta es libre, no hay control ni tampoco intervención en los recursos, pero el riesgo es que no haya una política económica definida y si

¹⁹ Kaplan, Marcos. Op. Cit. p. 81

esos recursos no son utilizados pensando en que finalmente es una inversión y que debe producir lo suficiente para pagar ese crédito, nos puede traer consecuencias como la crisis de 1994. Se debe tener una vigilancia que dichas inversiones no sean especulativas y a corto plazo que sean en acciones y no en bonos de mercado. Por que en vez de inversión es endeudamiento, es una deuda contraída y controlada en el mercado de valores.

2) Por las personas que realizan la inversión. Existen dos clases de personas jurídicas, la individual y la colectiva también llamada persona moral en el Derecho Mexicano.²⁰ Dentro del Derecho las personas son sujetos capaces de tener derechos y obligaciones, de acuerdo a esta clasificación las personas que realizan las inversiones pueden ser físicas o morales. Las inversiones realizadas por personas morales pueden ser hechas mediante una casa matriz en el extranjero y no estar identificada en el mercado nacional y también pueden ser hechas a través de una independiente sociedad constituida de acuerdo a las leyes del país receptor, teniendo personal administrativo y directivo en el Estado receptor. El Estado por medio de empresas públicas también encuadra en esta definición de empresas morales, aun cuando su capital sea mixto.

3) Por su finalidad. Dentro de esta clasificación, las inversiones pueden ser inversiones políticas e inversiones lucrativas. Las inversiones políticas son aquellas donde la finalidad es hacer dichas inversiones con el propósito de someter a un Estado económicamente débil, ejercer alguna influencia en él. A esto se la ha llegado a conocer como colonialismo económico, donde el “Estado fuerte” somete al “Estado débil” a que adopte una serie de medidas económicas y políticas. Durante la guerra fría era común que los Estados

²⁰ Cfr. De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa, 27 edición, México, 1999. pp. 404-405.

alineados al capitalismo tratarán de influir económicamente en los Estados no alineados e imponer una barrera económica, tratando de elevar el nivel de vida y detener los planteamientos del bloque socialista. La Inversión lucrativa es aquella donde simplemente se hace una inversión por obtener una ganancia, acaparar medios de producción y materias primas; crear, entrar y consolidar mercados.

1.3 LA EXPROPIACIÓN

En este punto se analizará el concepto de *expropiación*, para relacionar dicho concepto con nuestro tema “*La expropiación indirecta de la inversión extranjera.*” Para comenzar a explicar esto, hay que señalar que la expropiación desde un punto de vista general es un medio forzoso del Estado o un particular para privar de la propiedad, de un bien o de un Derecho a un gobernado o conciudadano. Se ejecuta la apropiación de bienes, con o sin indemnización, realizada por la vía coercitiva, independientemente del consentimiento del propietario, por parte de personas privadas o del Estado en interés de una clase determinada o de toda la sociedad. Aunque también ha habido casos como en la Revolución Bolchevique donde el proletariado expropió la propiedad a los capitalistas y terratenientes sobre los medios de producción, transformándose en una propiedad socialista.

1.3.1 DERECHO DE LA PROPIEDAD.

Para evitar el uso de la violencia para la adjudicación de bienes nace el Derecho de la propiedad, tutelando los bienes de las personas ó los Estados, este es uno de los derechos más importantes que se reconocen al Hombre y de mayor tradición Constitucional. Proclamado por primera vez como Derecho Natural en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789. El concepto de propiedad se derivó de dos grandes documentos con los que se abre y se cierra el ciclo revolucionario en el plano del pensamiento: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Constituyente del 26 de agosto de 1789, por una parte, y los artículos 544 y 545 del Código Napoleónico de 1804, por la otra.

Dentro de la Declaración de los Derechos del Hombre, se hace la prohibición a la privación del Derecho de Propiedad, considerando este concepto de un carácter inviolable y sagrado. Recordemos que la Revolución Francesa fue el triunfo de la burguesía contra la Monarquía, por lo tanto había que proteger la pertenencia individual. Con la declaración se reconocía el carácter imprescriptible del Derecho en mención y su condición de Derecho natural, al establecer que **"ningún legislador ni actual ni futuro podía desconocerlo o disminuirlo lícitamente"**.

Dentro del Código Napoleónico, en el artículo 544 se definió a la propiedad como **"el Derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, siempre que no se haga de ellos un uso prohibido por las leyes o los reglamentos"**. Así, el precepto contenido en el código, teniendo como precedente la declaración de los Derechos del Hombre; previó la imposibilidad de que cualquier ciudadano pudiera ser obligado a ceder los derechos de sus bienes, y que si ello fuere impuesto por razones de utilidad pública, habría de serle reemplazada su propiedad por una indemnización justa y previa. Entonces, tenemos en el Código Napoleónico el primer antecedente de una indemnización justa y previa.

Con base en estos principios, a todos los individuos se les reconocía la plena y absoluta libertad para el uso, goce y disfrute de los bienes que conforman su patrimonio, de acuerdo a su voluntad. De esta manera la propiedad privada fue concebida como un derecho al que se le reconocen los caracteres de absoluto, exclusivo, ilimitado en su cantidad, eterno y transmisible.

Se consideraba, por tanto, que este derecho le confería al propietario la posibilidad legítima de realizar con sus bienes actos de cualquier clase, incluso de gozar de ellos de una manera absoluta. Sin embargo, este

carácter absolutista e individualista de la propiedad ocasionó en muchos casos que la voluntad individual de una minoría de propietarios fuese la que decidiese, libremente y sin trabas, sobre el empleo y destino de los bienes que la naturaleza puso a disposición de todos los hombres. La doctrina liberal individualista llevó hasta tal extremo esta concepción, que incluso sólo se le reconocía derecho al sufragio a los ciudadanos propietarios.

Ante el profundo desequilibrio social que ésta tesis clásica del Derecho de la propiedad estaba causando, surgió la necesidad de reformar las premisas que le servían de fundamento. Fue así como en su proceso de evolución, los Estados de Derecho fueron madurando socialmente, y comenzaron a asimilar las tendencias doctrinarias que propugnaban nuevos esquemas para la protección de los derechos sociales, entre ellos, la propiedad.

Es importante mencionar esto porque actualmente los Estados se sujetan a lo establecido en los tratados y convenciones Internacionales, pudiendo un Estado ceder a otro el Derecho de la propiedad de sus nacionales por medio de dichos acuerdos, aun cuando no se ejecute un procedimiento como la expropiación, como el caso de Rusia donde se establecieron acuerdos comerciales donde los extranjeros pueden explotar recursos naturales del subsuelo como el petróleo, gas natural, oro, entre otros. Chile también renunció a la renta (*royalty*) de la explotación de recursos naturales por presiones de las empresas transnacionales, sin confundir la renta de la explotación de recursos naturales con el impuesto generado por esta actividad, puesto que son categorías económicas diferentes. En el convenio entre la República de Panamá y la República Oriental del Uruguay para la promoción y protección recíproca de las inversiones, en el artículo 1º, párrafo segundo inciso e) se establece: ***“Artículo 1.- El término “inversión” se refiere a toda clase de bienes o derechos relacionados con ella, siempre que se haya efectuado la conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio***

se realizó y comprenderá, en particular, aunque no exclusivamente: e) concesiones otorgadas por la ley, por un acto administrativo o en virtud de un contrato, incluidas concesiones para explotar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales...”, por citar algunos ejemplos.

Aun así dicha postura de interrelación, tiene sus contradicciones, porque el Derecho Internacional Público nos señala la inviolabilidad absoluta de la propiedad, sin embargo, en caso de seguridad nacional, guerra ó, post guerra, muchos Estados ejecutan una violación a dicho principio. Y aun cuando se haga la distinción entre la propiedad privada y la propiedad pública, ambas estarán sujetas a los ordenamientos del Estado.

La salvaguarda de la propiedad depende hoy en día de la actividad económica y del dominio de un Estado para imponer a otro su posición respecto a la propiedad. Sin embargo, concepciones como la utilidad pública han ido evolucionando de tal manera que se vuelve un elemento de influencia en el Derecho Internacional Público con respecto a la privación de la propiedad.

1.3.2 EXPROPIACIÓN.

La expropiación etimológicamente es la privación de la propiedad. Dentro del Derecho, es una institución del Derecho Público. Es importante señalar que a la limitación de la propiedad por causa de interés público, se le conoce en el Derecho Positivo como expropiación. El Estado es titular de bienes que originalmente detenta, fundamentalmente lo que se refiere a bienes territoriales. Mediante el Derecho Privado el Estado adquiere bienes de origen particular mediante ventas, donaciones, herencias y cuando lo hace

en contra de la voluntad de este particular por causa de utilidad pública hablamos de una expropiación.²¹

En el Derecho Nacional, existen diferentes causas jurídicas que permiten expropiar o limitar los derechos de propiedad. Estas son heterogéneas, pudiendo mencionarse entre ellas las siguientes: utilidad pública, función social de la propiedad, necesidad pública, interés social, promoción de la reforma agraria, mala explotación de recursos, interés nacional, interés público, utilidad colectiva, beneficio social y seguridad nacional. Pero todas estas ideas entran en el concepto de utilidad pública.

1.3.2.1. DEFINICIÓN DE EXPROPIACIÓN.

Encontramos varias definiciones Doctrinales de expropiación, una definición es del Maestro Acosta Romero que nos dice: ***“Acto jurídico del Derecho Público por el cual el estado impone al particular la transferencia de la propiedad de determinados bienes, cuando los mismos son necesarios para la realización de la actividad del estado y exista causa de utilidad pública.”***²²

Esta definición nos señala que la propiedad puede ser transferida al Estado, sin embargo no dice que tipo de bienes son objeto de una expropiación, pudiendo ser bienes muebles o inmuebles, por lo que en esta definición se generaliza y se puede aplicar a cualquiera de las dos figuras.

Otra definición es: ***“la desposesión legal de una cosa a su propietario, por motivos de utilidad pública, otorgándole una indemnización justa”***.²³

²¹ Acosta Romero, Miguel. Derecho Administrativo Especial. Tomo I. 3ra. edición, Porrúa, México 1998 p.550

²² Ibid. p 554

²³ Lions, Monique. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México col. Editorial Porrúa, México, 1998. p. 242.

Es incompleta esta definición por que al contemplar el término de indemnización justa no define lo que es justo, no obstante recordemos que puede ser visto desde un punto de vista subjetivo de las partes, donde el Estado tiene una visión y el particular o expropiado otra. Dejando el término “justo” a una libre interpretación.

El maestro Ernesto Gutiérrez y González, la define como: **“Acto que realiza el Estado, unilateral y soberano por conducto del funcionario competente de un órgano ejecutivo o administrativo por medio del cual priva; para si o un tercero, a una persona de su propiedad, mediante retribución o indemnización para la satisfacción de una necesidad pública.”**²⁴

Dentro de esta definición encontramos elementos como que el Estado haciendo uso de su soberanía de manera unilateral realiza la expropiación, por medio de un funcionario competente, esto es importante porque se precisa que esta función esta reservada al Ejecutivo. Además, se nos señala que esta se efectúa mediante un órgano del mismo. También nos determina que la privación puede ser para beneficio del Estado o un tercero, entendiendo como tercero a la sociedad y hace hincapié como todas las definiciones, en el principio de utilidad pública.

Por último el maestro Serra Rojas nos dice: **“Es el procedimiento administrativo del Derecho Público, en virtud del cual el Estado, unilateralmente y en ejercicio de su soberanía procede legalmente en forma concreta contra un propietario o poseedor para la adquisición forzada o traspaso de un bien por causa de utilidad pública y mediante indemnización justa.”**²⁵

²⁴ Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho Administrativo y Derecho Administrativo al Estilo Mexicano. Porrúa, 1993. p. 796-797.

²⁵ Serra Rojas Andrés. Derecho Administrativo. T. II, XIV Edición, Porrúa, México, 1988 p 325.

Serra Rojas hace una perspectiva del ángulo formal, donde la expropiación es un procedimiento, un conjunto coherente y consecutivo de fases que desembocan en el decaimiento del dominio privado en favor la Administración. Mientras tanto, Ernesto Gutiérrez nos señala que la expropiación no se trata de un procedimiento sino de un acto jurídico,²⁶ el procedimiento expropiatorio se da cuando se efectúe la indemnización, por lo pronto es un acto unilateral del Estado.

Por lo tanto, apoyándonos en las definiciones anteriormente expuestas definiremos a la expropiación como: ***El acto jurídico en el cual el Estado expropiante, por medio de los órganos autorizados por la ley, determina la transferencia obligatoria de la propiedad de una cosa, Derecho o interés legítimo para los fines del Estado o en interés de la colectividad. Esto es por causa de utilidad pública y a cambio de una indemnización correspondiente.***

1.3.2.2. SUJETOS DE LA EXPROPIACIÓN.

La Expropiación al ser un acto unilateral llevado por la administración pública, la finalidad de este acto es segregarse un bien de un particular; aun sin el consentimiento del afectado, a la satisfacción de un interés colectivo o utilidad pública, mediante el pago de una indemnización. Por lo tanto hablamos que existe una obligación y dentro de esta encontramos que existen sujetos a la relación obligatoria.²⁷ Los sujetos de esta obligación son las partes que aparecen: el expropiante y el expropiado. El expropiante efectúa el acto unilateral y el expropiado es el afectado por esta, teniendo derecho a recibir una indemnización equivalente al valor económico de la cosa expropiada. El expropiante es el sujeto activo y el expropiado el sujeto pasivo.

²⁶ Vid. Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. p. 801

²⁷ De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Vol. III, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1966. p. 36-38

- Sujetos Activos: Nación, Provincia, Estado, Entes autárquicos, todos los que estén facultados por la ley.
- Sujeto Pasivo: Persona o personas sujetas a la expropiación.

Desde el punto de vista subjetivo de los sujetos, o de las partes que intervienen en la expropiación, esta puede ser considerada como una potestad, insertada dentro del conjunto de potestades de que ésta es titular; para la satisfacción de los supremos intereses de la colectividad, o como un modo de adquisición coactivo de bienes. (Desde la óptica del Estado) En sentido contrario, desde la óptica de los particulares, sujetos pasivos de la potestad, la expropiación es apreciada como una limitación al Derecho de Propiedad y como una prestación obligatoria que deben realizar en favor de la Administración Pública.

1.3.2.3. OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN.

En el caso de la expropiación, se trata principalmente sobre derechos de la propiedad sobre inmuebles y de manera excepcional sobre bienes muebles o sobre elementos no corporales. La expropiación tiene por objeto un bien individualizado y designado con precisión, que es necesario a la colectividad para satisfacer una necesidad.²⁸

La expropiación opera no solamente respecto a las propiedades sino que también en lo concerniente a las posesiones. Esto es, que el Estado impone al particular la transferencia de la propiedad de determinados bienes cuando estos son necesarios para la realización de una actividad del Estado y a su vez esta actividad sea de utilidad pública.²⁹

²⁸ Katzarov, Konstatin. Teoría de la nacionalización . El Estado y propiedad. Op. Cit. p. 266.

²⁹ Acosta Romero. Op. Cit. p. 554.

La expropiación tiene como finalidad:

1. Desposeer de un bien a su propietario por motivo de utilidad pública.
2. Sustraer los medios de producción a la iniciativa privada y transferir su propiedad a la colectividad y;
3. Asegurar su utilización no en el interés privado, sino en el interés público.³⁰

Es necesario señalar que el bien a expropiar nunca es efectivo o dinero, porque sería inimaginable que el Estado expropiara dinero para indemnizarlo de igual manera. Por lo que se debe considerar que el único bien que no es objeto de la expropiación es el dinero.

1.3.2.4. PRESUPUESTOS DE LA EXPROPIACIÓN.

Dentro de la expropiación señalamos los supuestos que deben cumplirse para la existencia de la misma, estos son:

1. La transferencia de una cosa del patrimonio del expropiado al del expropiante.
2. La transferencia opera en forma coactiva;
3. Se fundamenta en razones de utilidad pública, interés social, etc.
4. Exige indemnización al expropiado;
5. Debe sujetarse al procedimiento legal establecido al efecto.

1.3.2.5. CARACTERÍSTICAS DE LA EXPROPIACIÓN.

Existe una serie de características propias de la expropiación entre las cuales citamos las siguientes:

³⁰ Katzarov. Op. Cit. p. 265.

1. Es una institución de Derecho Público: La expropiación es una institución en la que aparecen en pugna intereses privados y generales, por lo que está regulada esencialmente por normas de Derecho Público. Las normas que la rigen implican una limitación a un derecho garantizado constitucionalmente como es el de propiedad. Por lo tanto no debe considerarse parte del Derecho Privado.
2. Es una institución de Derecho Coactivo: Se trata de una transferencia obligada del Derecho de Propiedad, La expropiación es una venta forzosa mediante la cual el Estado puede obligar a un particular a cederle la propiedad de una cosa a cambio del pago de una justa indemnización.
3. La expropiación no constituye una compraventa: La expropiación se refiere a la expropiación como una venta de naturaleza obligatoria, donde se contrae una obligación con el Estado de manera forzosa. Por lo que no existe un consentimiento de las partes habiendo solo la concurrencia de una sola voluntad, siendo ésta de carácter unilateral derivado de la voluntad única de la administración. Además en una venta el precio es acordado por ambas partes con criterios para fijar el mismo y el justo precio de la expropiación sólo puede fijarse con base en parámetros específicos y, es efectuado por terceros (Peritos valuadores). La cantidad de dinero entregada no es un precio de compra venta sino una indemnización.
4. El objeto de la expropiación es permitir a la Administración el cumplimiento de la utilidad pública: El Estado hace valer la expropiación forzosa cuando el bien a expropiar sea de utilidad pública.

5. Los bienes a expropiar varían de acuerdo a los ordenamientos jurídicos de cada Estado: Toda cosa corporal o incorporal, susceptible de ser valorada y sujeta a ser apropiada puede ser objeto de expropiación. Quedan evidentemente excluidos del ámbito expropiatorio los derechos personales y los derechos de familia, así como los bienes del dominio del Estado.
6. La expropiación se realiza conforme a procedimientos establecidos legalmente: La expropiación se realiza mediante los procedimientos establecidos en la Ley de la materia o en instrumento con rango y fuerza de Ley, para la protección de las garantías jurídicas del expropiado.
7. A cambio de la transmisión forzosa del Derecho de Propiedad del bien expropiado, el particular afectado recibe una indemnización: Esta debe ser cuantificada con anterioridad a la expropiación, de tal manera que la carga de la utilidad pública sea equitativa.

1.3.2.6. LA UTILIDAD PÚBLICA

Después de la Revolución Francesa, con el triunfo de la burguesía sobre la monarquía, la propiedad se consideraba un derecho otorgado por Dios, un derecho natural, absoluto, exclusivo y eterno. Sin embargo, se han formulado diversas teorías entre ellas de la función social o de la utilidad pública. En dicha teoría la propiedad tiene una importancia secundaria. Esto no debe entenderse como que ha sido abolida la propiedad sino que más bien se ha transformado su naturaleza. El Derecho esta evolucionando y va en expansión, por lo que no se debe hablar de conceptos perpetuos sino de conceptos temporales que mutan y perfeccionan sus alcances.

La utilidad pública es el Derecho que tiene el Estado para satisfacer una necesidad pública.³¹ La federación o los Estados son los que determinan mediante jurisprudencias que se entiende como utilidad pública.³²

Existen también criterios en nuestro sistema de Derecho, donde se señala que la utilidad pública se presenta cuando en provecho común se sufre al particular por la colectividad en el disfrute de la cosa expropiada y no existe cuando se hace un despojo de un particular para beneficiar a otro particular, sociedad o corporación.³³

1.3.2.7. LA INDEMNIZACIÓN.

La indemnización es el equivalente económico justo de la cosa expropiada, pues en otro caso, la carga pública que significa la pérdida de la propiedad recaería sobre una única persona, cuando debería distribuirse entre toda la comunidad. La indemnización debe ser justa porque no debe deprecia el valor del bien expropiado así como tampoco debe enriquecer ilegítimamente al propietario de ese bien.

Dentro del Derecho, existe un elemento para que una expropiación sea válida: La compensación o indemnización. Cuando un Estado se ubique en este supuesto, el único modo para extinguir dicha obligación es la indemnización.

Se toma en cuenta el valor catastral o comercial del bien y ésta tiene que ser de manera rápida y apropiada. Cada Estado regula el procedimiento en caso

³¹ Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo: Doctrina, Legislación y Jurisprudencia. México. Porrúa, 2000. p. 36

³² Cfr. Semanario Judicial de la Federación, quinta época, t. VIII, p. 904.

³³ Cfr. Semanario Judicial de la Federación, séptima época, t. XXII, tesis 546, p. 904.

de que se efectuó a menos que se disponga mediante un tratado o acuerdo comercial la solución de dicha controversia.

Las normas sobre compensación o indemnización son disímiles en cada Estado. En cuanto a procedimientos para fijar un monto, pueden distinguirse dos grupos: uno en que, a falta de acuerdo se recurre al procedimiento judicial, y otro, en que existen mecanismos administrativos para realizar la tasación.

Con relación a la forma de pago de los Estados, surgen dos modalidades frecuentes: 1) pago previo y 2) al contado, aunque estas no son las únicas existiendo diferentes maneras de pago como el pago en especie, pago en plazos, entre otros, y las excepciones se llegan a manifestar en los casos de guerra o conmoción interna.

Dependiendo del país, el monto de la compensación debe corresponder al valor de mercado, al valor total o real del bien, o del daño causado, aunque sobre el concepto de daño hay divergencias, ya que algunos Estados lo circunscriben al daño emergente y otros, además, consideran el lucro cesante. Finalmente algunas legislaciones expresan que la indemnización debe corresponder al justo precio del bien expropiado, mientras que en algunos países el legislador, por razones de equidad, puede decidir no compensar.

1.3.3 LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA.

La *Expropiación Indirecta* es un nuevo término dentro de los Acuerdos de Inversión en el Derecho Internacional. Aunque han existido algunos precedentes a lo largo de la historia de prácticas relativas a expropiaciones indirectas. Este concepto se sustenta en la hipótesis, en el cual, un Estado

no permite operar un negocio, pero no toma posesión de sus propiedades o sus bienes, afectando la Inversión o el capital.

Como analizamos anteriormente, una expropiación, solo puede ser mediante causa de utilidad pública y mediante indemnización. Pero al añadirle el término *Indirecta* pretende darle alcances mayores a una expropiación, extendiendo la protección unilateral a las expectativas de ganancia, en relación con aquellas medidas que puede dictar el Estado de residencia sin ser discriminatorias o entrañar un trato injusto.

La principal fuente para este concepto son las resoluciones de las cortes de justicia de los Estados Unidos de América, así como lo establecido en la Conferencia sobre Comercio y Desarrollo de Naciones Unidas (UNCTAD)³⁴ y algunas resoluciones de laudos arbitrales en materia de comercio exterior. Las fuentes principales de este término son los conceptos: *Creeping Expropriation* e *Indirect Expropriation*. El Concepto de *expropiación Indirecta* en los acuerdos de inversión es una fusión de ambas definiciones adaptándose a la práctica judicial internacional teniendo alcances muy amplios.

El término *Creeping Expropriation* es cuando ocurren de manera gradual una serie de acciones que afecten alguna inversión. La diferencia entre éste y el concepto *Indirect Expropriation* es que las acciones de los Estados son de manera paulatina o gradual en el primer caso. Estas acciones se pueden calificar como una expropiación desde el punto de vista clásico, pero el

³⁴ En 1964 se celebró la Conferencia sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD-United Nations Conference on Trade and Development), con el objetivo de alentar el progreso económico y social que permitiera la armonía de las relaciones internacionales entre los Estados, además de contribuir a mantener la paz y la seguridad internacionales con el propósito de elevar el nivel de vida y el desarrollo de los Estados.

objeto de estas medidas es destruir la inversión.³⁵ En la práctica Internacional esta figura es reconocida ampliamente. Su finalidad es que exista una responsabilidad por parte del Estado de los actos u ordenamientos que puedan dañar un capital, así un inversionista tendrá el derecho de exigir a su gobierno o a un Estado donde Invirtió, compensaciones monetarias si ellos creen que sus intereses como inversionistas han sido perjudicados por leyes y regulaciones de interés público.

La Conferencia sobre Comercio y Desarrollo de Naciones Unidas (UNCTAD- United Nations Conference on Trade and Development) nos define el término *Indirect Expropriation* de la siguiente manera:

“...No es la invasión física de la propiedad que es característica de la expropiación o la nacionalización lo que se asume de importancia, sino la erosión de Derechos asociados con la propiedad por la interferencia del Estado...”³⁶

“El término Indirect Expropriation no está limitado a los casos en los cuales hay una transferencia del título de propiedad característica, puede también cubrir ciertas formas de interferencia por un estado con los derechos de propiedad. Los acuerdos internacionales de inversión reflejan esta noción, que la expropiación y la nacionalización puedan ocurrir en varias formas. Incluyen típicamente referencias a "Nacionalización/ Expropiación indirecta" y/o a las medidas que son "equivalentes" a la expropiación y a la nacionalización.”³⁷

Así, encontramos nuestra primera definición de Expropiación Indirecta, pero en dicho concepto no se señala el pago o compensación por esas medidas adoptadas por el Estado, y al igual que el concepto clásico de expropiación,

³⁵ Schreuer, Christoph, The concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties. p. 14 en www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_3.pdf (23 de Febrero 2007 19:45 p.m.).

³⁶ UNCTAD (2000) Series on issues in International investment agreements, Taking of Property, New York and Geneva: United Nations, United Nations publication, p.20

³⁷ UNTACD (2004) Key Terms And Concepts in International investment agreements: A Glossary, New York and Geneva: United Nations, United Nations publication. p. 67

la expropiación indirecta también tiene como elemento una indemnización ó más bien una compensación económica.

La diferencia entre una indemnización y una compensación, es que la indemnización debe ser justa, hecha con anterioridad a la expropiación, de tal manera que la carga de la utilidad pública sea equitativa. En una compensación no siempre resulta justo el monto a pagar, porque se calculan diversos factores como intereses, gastos y costas, futuras ganancias, etc.

“...Al inversionista, la línea de jurisdicción entre las medidas para las cuales no hay compensación debida y las acciones calificadas como expropiaciones indirectas (que requieren compensación) pueden tener diferencias entre la capacidad para operar (o abandonar) una empresa no provechosa y el derecho de recibir una remuneración completa (del estado anfitrión o de un contrato de seguro). Para el Estado Anfitrión, la definición determina el alcance de poder del Estado de decretar legislación que regule los derechos y obligaciones de los dueños en instancias donde la compensación puede incurrir en deuda. Puede ser argüido que el Estado está prevenido de tomar cualquier medida donde estos (los Inversionistas) no se pueden proteger de los recursos financieros públicos.”³⁸

Al analizar este criterio del CIADI,³⁹ observamos que se nos habla de una compensación o remuneración, en caso de las expropiaciones indirectas y estas se calculan basándose en la capacidad de operar o generar recursos para recibir una remuneración completa, ya sea por parte del Estado o por parte de un seguro, por que se aseguran sobre la base del riesgo y futuras pérdidas o ganancias. Y nos habla del estado de indefensión del inversionista contra los recursos de un Estado, aun cuando hay inversionistas que pueden tener más recursos que cualquier Estado.

³⁸ Dolzer and Stevens, “Bilateral Investment Treaties”, *ICSID 1995 at 98. en www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf* (23 de junio de 2007) 00:45 a.m.

³⁹Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. International Center for Settlement of Investment Disputes ICSID. Organización creada en 1965 como iniciativa del Banco Mundial.

Otra definición que podemos ocupar es la de “*Medidas similares a la Expropiación*”, ya que la expropiación indirecta en los acuerdos de Inversión se refiere, a las medidas similares que adopta un Estado para la interferencia de la propiedad.

Medidas similares a la Expropiación.

“Cualquier acción legislativa o acción administrativa u omisión atribuible al Gobierno anfitrión del cual tiene el efecto de privar al inversionista de una garantía o del control de su propiedad, o una ventaja substancial de, su inversión, a excepción de las medidas no discriminatorias del uso general que los gobiernos toman normalmente con el fin de regular una actividad económica en sus territorios.”⁴⁰

Aquí se señalan las acciones legislativas, es decir si un Estado pretende regular o adoptar medidas ya sea por interés público y si éstas privan al inversionista del control de su propiedad o dañan su inversión se entenderá que el Estado está adoptando una “medida similar” a la expropiación o una expropiación indirecta.

En esta definición, también nos establece cuales son esos derechos asociados con la propiedad, por lo que en materia de Arbitraje Internacional un inversionista puede alegar que ha disminuido la ganancia esperada por medidas adoptadas por un gobierno, y que su derecho de ganancia ha sido afectado por lo que reclama una compensación monetaria.

Entonces, la expropiación indirecta tiene las siguientes características:

1. Pueden ser actos o actividades en donde el Estado interviene indirectamente en la propiedad, afectando el control de la misma.
2. Estos actos pueden ser legislativos o administrativos.

⁴⁰ Schreuer, Christoph, Op. Cit. p. 26

3. No necesariamente se pretenderá sustraer los medios de producción sino que puede ser causada incluso por omisión o error.
4. Carece de fundamento legal para hablar de una expropiación. Pudiera darse el caso de que un Estado por el simple hecho de querer actuar dolosamente contra un inversionista adopte medidas para que una inversión fracase.
5. La formulación de dicho concepto pretende colocar en un rango mas alto al interés privado sobre el interés público.
6. No existe un procedimiento expropiatorio, se entabla una demanda por la interferencia del Estado.
7. No se exige una indemnización, sino una compensación económica, en vista de que se trata de una demanda y no de un procedimiento expropiatorio. En esta compensación se puede exigir el pago de gastos y costas, pérdidas, futuras ganancias, intereses, etc.

Con los anteriores elementos podríamos definir a la expropiación indirecta de la siguiente manera:

Es el conjunto de actos legislativos o administrativos, mediante los cuales el Estado interfiere con la propiedad y los Derechos de inversión causando daños a ésta ya sea de manera directa o indirecta pudiendo el afectado pedir una compensación económica la cual es determinada basándose en las expectativas de ganancia del inversor en relación con aquellas medidas que puede dictar el Estado.

Esto sin duda alguna, es un concepto que protege las inversiones y el capital privado extranjero. Estamos de acuerdo que el capital debe protegerse, porque finalmente el Derecho a la propiedad es un derecho inalienable; pero no se contempla con esta serie de razonamientos, que el Estado prácticamente con cualquier acto de gobierno estará interfiriendo con las inversiones. Por ejemplo, si se decide legislar en materia ambiental y una empresa se ve afectada por eso, a pesar de la utilidad pública o del bienestar social el Estado tendrá que compensar al inversionista. Por lo que el concepto de expropiación indirecta es de grandes alcances y deberá ser limitado y bien definido en un futuro, contemplando el bienestar social y el medio ambiente. Este concepto también contraviene a la corriente clásica de la expropiación e incluso se comete el error de mezclar la nacionalización con la expropiación, cuando son conceptos totalmente diferentes donde la expropiación tiene por objeto los derechos de propiedad sobre inmuebles y de manera excepcional los derechos sobre elementos no corporales o elementos muebles. La nacionalización es una institución que se efectúa sobre empresas completas, no determina con precisión un objeto, y no va ser sobre un particular. Es determinada por una idea en general, de carácter impersonal. Esta es una institución jurídica del derecho material y la expropiación una figura procesal y la expropiación es el acto por el cual el Estado, en beneficio de la colectividad, priva al particular de algún bien que le pertenece en propiedad, pagándole el precio correspondiente.

CAPITULO 2. ANÁLISIS DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA DE MÉXICO Y ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO

Como se ha hecho mención en el capítulo anterior, todos los ordenamientos jurídicos que asuma un Estado, son determinados por las directrices que adopten en materia de Derecho Económico, ante los problemas que afronta con respecto a sus necesidades de desarrollo. Los principales problemas con los que se enfrentan, son la captación de recursos, la instauración y consolidación de instituciones, así como la administración de recursos humanos y materiales. Por lo tanto, para obtener capital, se abre la puerta a los capitales extranjeros o inversiones extranjeras en consecuencia, si los Estados han suscrito acuerdos de inversión México no ha sido la excepción.

El libre comercio es una consecuencia de lo que muchos estudiosos del Derecho, de la Economía y de las Relaciones Internacionales han llamado integración silenciosa.

La relación que tiene la Integración Económica con el presente trabajo se justifica de la siguiente manera: Nuestro primer concepto es un fenómeno de carácter *económico Supra Nacional*, esto quiere decir que está encima de cualquier acontecimiento económico nacional y su relación es entre varios sujetos del Derecho Internacional. Además, la Integración Económica, está ligada al Derecho Económico y a los Tratados o Acuerdos Comerciales por que es el antecedente histórico y teórico para entender la regulación y no regulación de las inversiones y en consecuencia el por qué la existencia de figuras como la *expropiación indirecta* en los Acuerdos de Inversión, así como la estrategia de las transacciones para afianzar y lograr concesiones y otros privilegios por el hecho de tener medios económicos, ya que se restringen las políticas del Estado y se protegen las inversiones. Esto nos brinda la oportunidad de conocer el recuento de la naturaleza del sistema y las faltas de la dinámica competitiva del cambio del sistema sobre tiempo.

2.1 LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA.

Cuando un grupo de Estados se organiza para establecer un intercambio comercial y tecnológico, pero este intercambio se efectúa sólo en el marco de sus territorios estaremos hablando de una Integración Económica. Los objetivos principales de dicha integración son la eliminación de los obstáculos al comercio y a la libre circulación de bienes, mercancías y personas; la reducción de los costos de transporte, así como la implementación de políticas comunes en distintos sectores de la economía.

Para definir a la Integración Económica lo podemos hacer con la opinión del Maestro Carlos Arellano García, que nos dice: ***“Es un sistema mediante el cual se unifican dos o más países para hacer más flexibles sus vínculos internos en los que atañe favorecer el comercio entre ellos y presentar un frente común hacia el exterior, en el que habrá mayores exigencias de penetración de mercaderías procedentes de países no integrados.”***¹

Entonces al hacer el análisis de dicho concepto, entendemos que no es más que una alianza comercial, donde se busca favorecer la exportaciones e importaciones entre los suscritores de un acuerdo y así hacer un frente ante el comercio de otros bloques comerciales o Estados que no pertenezcan a dicha integración.

La Integración Económica, es regional, así Joseph Nye nos establece que el término Región Internacional es: “un limitado número de Estados, unidos por una relación geográfica puede entonces ser definido como la formación de agrupaciones interestatales sobre la base de la región.”² Por lo que la

¹ Arellano García. Op. Cit. p. 793.

² Joseph Nye. International Regionalism: Readings, Boston Massachusetts, 1971. pp. 333-339.

proximidad o la colindancia es un factor para que se establezca dicha integración.

2.1.1 ANTECEDENTES.

Para hacer el análisis histórico de cómo se ha ido dando dicha integración económica en el mundo, tenemos que remontarnos al año de 1945, el fin de la Segunda Guerra Mundial tuvo como consecuencia cambios en la distribución del dominio dentro del sistema internacional: Los Estados Unidos de América y la URSS fueron los líderes mundiales y debido a esto surgió el fenómeno de la bipolaridad, tiempo después con la caída del régimen comunista y el fin de la Guerra Fría, el libre comercio cobra una mayor importancia, los Estados empezaron a reorganizarse formando los bloques comerciales de acuerdo a sus alianzas políticas y su situación geográfica, buscando una integración que fuera de carácter regional.

En el siguiente apartado se relatará la forma de cómo se han ido estructurando estos procesos a partir de la Segunda Guerra Mundial:

2.1.1.1 ORDEN ECONÓMICO MUNDIAL.

La reparación de los daños ocasionados en Europa y la organización del concierto de naciones, no fue una tarea fácil y el mundo no estaba preparado para la misma, siendo sin lugar a dudas el principal protagonista para la construcción del nuevo orden económico: Los Estados Unidos de América. Por otra parte la Unión Soviética con su modelo de socialismo fue la antítesis del capitalismo, logrando que ambos emergieran como detentores de la hegemonía; lo que ocasionaría que se diera el fenómeno de la bipolaridad o división del mundo en dos bloques. Manifestándose esto desde los primeros acuerdos de la posguerra y la formación de organismos económicos y

políticos. Donde el objetivo logrado fue la división del mundo en dos polos de influencia, sustentando nuevas bases económicas derivadas de los acuerdos de Bretón Woods donde buscaban consolidar a las instituciones financieras internacionales para que se regulara un nuevo Derecho Internacional. De esta forma los Estados Unidos de América tuvieron el control que guío a la economía mundial y establecieron un nuevo orden basado en el libre comercio.³

Los Estados Unidos de América decidieron que la alianza de la posguerra había concluido, su principal objetivo fue debilitar al bloque soviético y así elevar como primera fuerza a la alianza occidental.

Una amenaza ideológica para los estadounidenses era el comunismo⁴ el cual había que frenar, para lograrlo era necesario que primero ayudaran a reconstruir las economías dañadas de sus aliados. Estados Unidos de América buscaba que Europa y Japón se hicieran económicamente fuertes y de esta manera frenaran el avance del Comunismo, la promoción de la democracia y el capitalismo fue la más importante propaganda política lo que represento: una “vacuna” contra el socialismo, los regímenes leninistas y la seducción Soviética, inyectando recursos a sus aliados y a los países del tercer mundo, logrando que mas Estados se incorporaran al bloque capitalista.

Los Estados Unidos de América se opusieron a la aplicación de aranceles y cuotas a sus productos por parte de los gobiernos Europeos. Empezarían a adoptar políticas encaminadas a producir una mayor integración económica

³ La formación de bloques comerciales no ha dependido exclusivamente de los Estados Unidos, pero se considera que son ellos los que han guiado la economía mundial debido al poder que adquirió este Estado al terminó de la Segunda Guerra Mundial.

⁴ A pesar de la desaparición de la URSS el comunismo se sigue planteando como amenaza ideológica en la memoria colectiva de los estadounidenses.

regional en Europa, a pesar de que esto en un determinado plazo ocasionaría un efecto de desviación comercial contra los propios Estados Unidos de América. Estos lo aceptarían porque su objetivo era que las economías Europeas se fortalecieran y así se consolidaría la alianza occidental y se podría hacer frente al avance soviético.

Respecto a la política estadounidense adoptada hacia el bloque comunista, podemos decir que nunca fueron incluidos para formar parte del régimen económico internacional. La opinión en Estados Unidos de América era que el comercio constituía una calle de un solo sentido, si los soviéticos formaban parte de esto probablemente aprovecharían el intercambio tecnológico para fines militares por lo que era necesario restringir el comercio con ellos porque podrían transformar la tecnología para la creación de armas. El comercio adoptaría una nueva definición añadiéndosele el concepto de seguridad.

El orden mundial dentro de la Guerra Fría estuvo regulado básicamente por los Estados Unidos. Teniendo como propósitos la integración de un bloque para detener el avance del socialismo y comunismo, así como la expansión de la democracia y el capitalismo. El error fue que dicha integración económica sirvió, pero solamente en Europa, donde existía un mercado potencial, y dichas integraciones nunca fueron vistas como un paso hacia la economía global abierta y no como amenaza contra el multilateralismo.

2.1.1.2 INTEGRACIÓN REGIONAL AL TÉRMINO DE LA GUERRA FRÍA.

El concepto de región como unidad de análisis cobró importancia durante la Guerra Fría como resultado del conocimiento y toma de conciencia de la región. Stanley Hoffman, explicó este aspecto en términos de la división de un enorme y heterogéneo sistema internacional en subsistemas en la que los

patrones de cooperación y formas de control de conflictos son más intensos en el sistema global. Lo anterior fue reflejado en la creación de la Organización de Naciones Unidas. (ONU) ⁵

Al finalizar la Guerra Fría, los bloques económicos regionales tomaron una importancia que seguramente los Estados Unidos de América no habían calculado. Así, la disminución de su supremacía, combinado con la capacidad de autoridad internacional que adquirieron dichos bloques han suscitado nuevas preocupaciones. Aunque los Estados Unidos de América fueron los principales partidarios del multilateralismo, nos encontramos ante una nueva disyuntiva debido a que no existe un Estado líder o país dominante, aun cuando no exista la “amenaza” Soviética.

El resultado de la integración regional fue que las fronteras territoriales perdieran su importancia, que el tratamiento común sobre soberanía sea indeterminado, y que las regiones individuales deban ser apreciadas dentro un contexto global.

2.1.2 INTEGRACIÓN ECONÓMICA SILENCIOSA

La relación que guarda México con Estados Unidos de América es de una interacción profunda. A los Estados Unidos de América siempre le han importado los acontecimientos que ocurren en México referentes a política y economía, así como el análisis de fenómenos como la migración y el narcotráfico que son de sumo interés para ellos. Nuestro crecimiento económico esta profundamente ligado con el de nuestro vecino del norte y más aun con las disposiciones que se operaron financieramente, reestructurando las empresas paraestatales con medidas como la

⁵ Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Naciones Unidas, Nueva York, 98 pp.

privatización, fusión o liquidación. La liberación de la economía, así como la relación bilateral con los Estados Unidos de América nos hace darnos cuenta que el término frontera cada vez decrece y se hace menos restrictivo. Sin embargo, dicho cambio no es radical, es un proceso al que llamaremos integración silenciosa.

De una u otra manera siempre se ha constituido una integración silenciosa encabezada por las empresas trasnacionales, y las medidas adoptadas por los gobiernos de diferentes Estados han sido la elaboración de políticas bilaterales. En el marco del Tratado de Libre Comercio con América del Norte el proceso no se vuelve bilateral sino más bien trilateral o tripartita para lograr una integración comercial. La Integración Económica es una relación de interdependencia que existe entre las economías involucradas en dicho proceso.⁶ Esta integración se da desde que se inició una penetración por parte de los Estados Unidos de América tanto a Canadá como a México, al principio abasteciendo al mercado interno, sin embargo, aunque los diversos reglamentos restrictivos sobre inversión como aquellos donde se reserva la participación económica de cierto sector al Estado han frenado el proceso de integración, no han llegado a revertirlo.

Durante los últimos años, se esta integrando gran parte de la industria nacional con las empresas o filiales Norteamericanas. Este fenómeno es unos de los rasgos más sobresalientes de dicha integración.

El mercado ha ejercido presiones a un nivel empresarial como industrial, que se ha ido de un ritmo de integración silenciosa a una integración más formal. El Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN), no es más que una respuesta a las presiones que ejerce el mercado a favor de una

⁶ Vega Canovas, Gustavo, Liberación Económica y Libre Comercio en América del Norte. COLMEX, México. 1993. p. 24.

integración continental, y a la elaboración de políticas que eleven la competitividad de las multinacionales en el ámbito internacional. La finalidad del mercado es que las multinacionales superen a la industria nacional para garantizar un acceso a los mercados por medio de barreras arancelarias reducidas, transformando la coalición tripartita de Estados en una alianza estratégica impulsada por las presiones de cada uno de estos. Por lo que hablamos de tres conjuntos de presiones como lo mencionan Lorraine Eden y Maureen Appel Molot, que señalan como se han integrado silenciosamente las economías de América del Norte: Los vínculos comerciales, los vínculos de inversión directa y los patrones de producción internacional de las transnacionales.⁷ Sin olvidar también que para nuestro caso se aplican la relación comercial y el intercambio en la frontera con los Estados Unidos.

Al citar la interacción con la frontera norte como parte del fenómeno de integración silenciosa, es porque el intercambio de bienes y servicios, la industria maquiladora, la migración y el envío de remesas por parte de los migrantes, flujos de capital e intercambio de tecnología que se generan dentro de la frontera son los indicadores que nos demuestran que se está dando este tipo de integración, haciendo evidente el vínculo comercial entre ambas economías.

2.1.3 ACUERDOS Y TRATADOS DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA.

La economía se ha ido globalizando, esto es una realidad, por lo que muchos Estados se han visto amenazados en sus economías y balanza comercial. Este fenómeno ha producido diversas manifestaciones o reacciones por parte de los Estados, se han llegado a dar algunas que van desde medidas

⁷ Cfr. Vega Canovas, Gustavo Op. Cit. p. 26

proteccionistas hasta el multilateralismo.⁸ Así tenemos que se han dado nuevas formas de cooperación internacional y como consecuencia el surgimiento de grandes bloques comerciales, como los siguientes:⁹

1. El Europeo, con centro en una Alemania unificada; los orígenes del más reciente regionalismo datan de mediados de la década de los años ochenta cuando la Comunidad Europea iniciaba los planes de un mercado común. Esta idea de incremento de la competitividad en el mercado global generó un impacto debido a que existían algunas regiones del mundo donde se había evidenciado la falta de integración política y económica. Así, el 1º de Noviembre de 1993 entró en vigor el Tratado de la Unión Europea donde nace un ordenamiento jurídico común, y la existencia de instituciones comunitarias intensificando los acuerdos aduaneros y los referentes a la inmigración, relajando los controles fronterizos con el fin de permitir a los ciudadanos europeos una mayor libertad para vivir, trabajar o estudiar en cualquiera de los Estados miembros.
2. Asociación de las Naciones del Sureste de Asia (ASEAN), fue creada en 1967, por Malasia, Tailandia, Filipinas, Indonesia y Singapur, integrándose Brunei, Vietnam, Laos, Miramar, y Camboya. Al principio dicho acuerdo tenía matices políticos, pero para la década de los 90's el tema de cooperación económica alcanzó una mayor relevancia, por lo cual en 1997 se integraron a dicho acuerdo China, Corea del Sur y Japón, buscando fortalecer el comercio y la inversión, con el Área de

⁸ El multilateralismo es un principio básico del GATT, se define en que todos los Estados deben aceptar que, la interdependencia económica existente en el ámbito mundial impide soluciones estrictamente unilaterales a los problemas económicos esto es, que los actos de un Estado pueden tener consecuencias en otros. Por lo que debe haber un trato igual y no discriminatorio hacia todos los Estados.

⁹ CIDAC. El Acuerdo de Libre Comercio México-Estados Unidos. Camino para fortalecer la soberanía. Editorial Diana, México, 1992. p. 76

Libre Comercio del Sudeste Asiático (AFTA) y el Área de Inversión de la ASEAN (AIA). Y se convirtió en el principal captador de inversión extranjera directa del mundo hasta la crisis mundial de 1997.

3. Asociación de Asia del Sur para la Cooperación Regional (SAARC), fue adoptada formalmente en la Primera Cumbre que se efectuó en Dhaka el siete y ocho de diciembre de 1985 con la participación de Jefes de Estado o de Gobierno de Bangladesh, Bhután, India, Maldivas, Nepal, Pakistán y Sri Lanka. En esta región se encuentran Estados políticamente fracturados por la pobreza, la guerra civil y las inclemencias naturales. Las posibilidades de una mayor cooperación se hacen evidentes por la cantidad de recursos que necesita esta región para su desarrollo. SAARC se consolida como el instrumento que permite a la región mantener un canal de comunicación entre sus miembros, específicamente en los siguientes temas: economía, comercio, pobreza, desarrollo, situación de la mujer y de los niños, ciencia y tecnología, salud y medio ambiente,¹⁰ y por último,

4. El Norteamericano, estructurado a partir de los acuerdos de libre comercio Estados Unidos de América, Canadá y México con centro en Estados Unidos; que se detallara mas adelante.

La posibilidad de la creación de bloques económicos se fundamenta en los diferentes tipos de Integración Económica que estén surgiendo, tanto como los niveles de integración de *jure* y los *de facto*.¹¹ Y es más frecuente que los

¹⁰ Ruelas de Victoria, Diana Maria. La Asociación para la Cooperación Regional de Asia del Sur (SAARC): Problemas y Perspectivas de la Cooperación Económica y Comercial. Tesis de Maestría FCPyS, UNAM, México, 2006. p 3.

¹¹ A la Integración Económica formal se le conoce como de *jure* y a la silenciosa como de *facto* por desarrollarse sin condicionamientos o medidas establecidas.

actores internacionales, quieran alcanzar objetivos comunes en materia económica que de manera individual.

2.1.3.1 NIVELES DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA.

Podemos distinguir cinco niveles conceptuales de Integración Económica que se dan entre los Estados, siendo los siguientes:

1. Acuerdo de comercio preferencial: Los Estados participantes acuerdan reducir sus respectivos aranceles a las importaciones de todo tipo de bienes (excepto servicios de capital) provenientes de cualquiera de los demás Estados participantes.
2. Acuerdo de libre comercio. Se caracterizan por la reducción parcial total de aranceles entre los miembros que integran el bloque; cada país conserva sus aranceles externos en relación con los miembros. El libre comercio entre los países socios queda limitado a los productos que contengan pocos o ningún componente importados de afuera del área.
3. Unión aduanera: En esta unión existe un comercio recíproco de todos los bienes producidos por los socios y la adopción de una política arancelaria común en relación con el resto del mundo. Las normas arancelarias son comunes
4. Mercado común: No encontraremos en este tipo de Integración Económica la libre circulación de bienes, servicios y factores; además, por la utilización de un arancel exterior común. Los países miembros deben armonizar sus políticas nacionales para garantizarla libre movilidad del trabajo y del capital.

5. Integración Económica plena. Es el grado más elevado de integración, se caracteriza por conformar un mercado común donde, además, existe una moneda única y total armonización de las políticas económicas de los países miembros. Unificando sus políticas fiscales, monetarias y socioeconómicas.¹²

La diferencia entre dichos acuerdos se encuentra en las facilidades que se brindan para realizar el intercambio económico entre los Estados participantes, así como sus políticas de unificación frente a los demás países. Cada Estado suscribe el acuerdo comercial dependiendo del rumbo que quiera tomar para el fortalecimiento de su estrategia económica. Así que resulta difícil tener una evaluación sobre que nivel de Integración Económica es el que resulta mejor. Lo que sí tienen en común es que un acuerdo económico implica necesariamente la eliminación de obstáculos comerciales y el establecimiento de mecanismos para la solución de controversias entre dichos Estados.

2.1.3.2 INTEGRACIÓN ECONÓMICA DE MÉXICO.

Al término de la Segunda Guerra Mundial, México se encontraba con más de un siglo de vida independiente, había concluido el periodo revolucionario iniciado en 1910. Se buscaba la consolidación de las instituciones nacidas a partir del Movimiento Revolucionario. El término de la Segunda Guerra Mundial significó para México, un desarrollo en la industria y altas ventas del petróleo, logrando un crecimiento económico a pesar de los conflictos surgidos a lo ancho de todo el mundo. En el Periodo de 1940 a 1952 el país contaba con una amplia demanda de productos manufacturados, debido a la limitación de los Estados Europeos para satisfacer sus necesidades, se logró desarrollar una importante industria textil, de papel, automotriz, producción

¹² CIDAC Op. Cit. p. 77.

minera, y materias primas tropicales.¹³ Los campesinos empezarían el éxodo hacia las grandes ciudades en busca de trabajos mejor remunerados y mejores condiciones de vida. En el mundo se empezaría a hablar del “milagro mexicano”.

México empezaría a contar con el apoyo de los organismos comerciales internacionales lo que le permitiría un crecimiento independiente. A partir de 1950 se incrementaba la industria manufacturera, logrando sustituir las importaciones por manufactura interna; a pesar de todo la economía nacional entró en una fase recesiva e inestable, se buscaron nuevas estrategias de desarrollo donde el Estado debería limitar su participación. El crecimiento económico y el tipo de cambio fueron impulsados por el capital extranjero convirtiéndose este en el líder del sector industrial. Se promovió el desarrollo sustentado en la estabilidad de precios, el gasto público y el financiamiento. La política fiscal estaba encaminada a favorecer la inversión privada. El indicador del Producto Interno Bruto demuestra como el crecimiento fue de una manera dinámica y se logró una expansión industrial.¹⁴

Durante los años sesenta las condiciones internas e internacionales provocaron un declive económico, debido en parte a la política de sustitución de importaciones, y se buscó una nueva política estabilizadora. El capital extranjero, el nivel de precios y la deuda externa aumentaban y la relación Estado-Industria se mostraba cada vez más debilitada. Se empezó a establecer un profundo proteccionismo para reforzar dicha política de sustitución de importaciones.¹⁵

¹³ Cfr. Ayala, José. Estado y Desarrollo. La Formación de la Economía Mixta Mexicana. (1920-1982). FCE y SEMIP, México, 1998, p. 479.

¹⁴ Pass. Testimonios de el Mercado de Valores. Tomo I. Nacional Financiera, México, 1990, p. 549.

¹⁵ Mercado H., Salvador. Comercio Internacional II. Incluye TLC. Editorial Limusa, 4ta. Edición, México, 1998, p. 353.

El modelo contaba con serias limitaciones y se llegó a un crecimiento anual del 0%, debido en gran parte a que la inversión privada se contrajo. Y el crecimiento sólo podría ser impulsado por el gasto público, se utilizaron las mismas políticas económicas, las actividades que de alguna manera eran remunerativas empezaban a costar más de lo que producían. Para 1970 el endeudamiento era muy grande, y en 1976 se produjo la recesión debido a la fuga de capitales, consecuencia del estancamiento productivo, la inflación y el desequilibrio interno y externo. En el mundo se vivía también una crisis, lo que empujó a una devaluación del dólar, y la banca comercial comenzó a canalizar excedentes a los Estados económicamente vulnerables. Para salir de la crisis estos empezaron a contraer un endeudamiento, haciendo soportables las crisis petroleras y la crisis alimenticia. En nuestro país el crecimiento económico ya no podía basarse en el déficit y el endeudamiento externo, se empezó a frenar el gasto público y se trató de controlar las importaciones devaluando el peso, Se produjo una inflación así como una baja inversión privada. La economía no tendría un crecimiento sostenido y se resolvieron los problemas derivados en los años 60's.

El sector empresarial empezaría hacer presión para que el Estado interviniera argumentando que era el principal responsable de la crisis nacional debido a la corrupción y malas administraciones. Exigían que se reorientara la política económica para alentar la inversión privada y extranjera, que se elaborara una política económica para el aprovechamiento del petróleo así como la manera de utilizar los recursos obtenidos para sustentar un nuevo modelo económico.

En 1978 la crisis petrolera estaba ligada a la crisis financiera, la deuda que habían adquirido los países del tercer mundo con los organismos internacionales fue privatizada, en consecuencia perdieron peso en el ámbito internacional organismos como: el Fondo Monetario Internacional, el Banco

Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, entre otros, y se desarrolló lo que se conoce como *Crisis de la Deuda*.

A pesar de ello el Fondo Monetario Internacional dictó una serie de lineamientos a seguir y entre las medidas que adoptó México, fue contar con sus reservas petroleras para hacer frente a la crisis y abrir su economía, buscando nuevos modelos de desarrollo. El nuevo modelo buscaba una política de empresa pública que se preocupara por los rezagos en las siguientes materias: petrolera, eléctrica, la siderúrgica, en los fertilizantes, el sector agrícola, tratando de fortalecer la inversión privada, la oferta de servicios y la seguridad social.

Sin embargo, los recursos obtenidos del petróleo se ven casi inmediatamente consumidos en el servicio del pago de la deuda, México busca nuevas divisas que le puedan aportar algo, pero en 1982 la producción cayó de manera abrumadora por la baja del comercio mundial, la deuda externa y las viejas prácticas proteccionistas. Se trató de reducir la dependencia con el exterior y fortalecer el aparato productivo con políticas que fueron consideradas “populistas”. Se calculó que la estrategia a seguir era: el abatimiento de los desequilibrios financieros existentes, fortalecimiento las finanzas públicas, fomentó de las transacciones con el exterior, fomentó la inversión externa y darle un mayor impulso a la investigación y la tecnología.

Para cumplir con lo anterior, se estableció como estrategia la reordenación de la economía. Esta se efectuaría mediante una estricta disciplina presupuestal. El gasto público sería el instrumento de la política económica encaminado a alcanzar la estabilidad de precios, tratar de fomentar una estructura básica, incrementar las coberturas de los servicios públicos y la distribución de los ingresos. Buscando la consolidación de algunas empresas

de carácter público y la no-participación del Estado en empresas ó actividades que no fueran consideradas prioritarias.¹⁶

Observamos que a mediados de la década de los ochentas, el acelerado aumento de la deuda extranjera, unida a la caída de los precios del petróleo, había sumido al país en fuertes dificultades financieras, eso sin olvidar que en 1985 México tuvo un terremoto devastador en la ciudad capitalina, estos y otros factores fueron claves para que no fueran exitosas las medidas adoptadas por el Estado.

México ingresó al Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) en 1986 como muestra importante de la política de apertura al exterior y la baja de aranceles. “Operó la vieja regla del comercio internacional que fundamenta el concepto de balanza de pagos. *Para vender hay que comprar*”¹⁷ Esta apertura formó parte del proceso de ajuste junto al Pacto de Solidaridad Económica, y al Pacto de Estabilidad y el Crecimiento Económico. El Estado Mexicano concluyó que era indispensable pertenecer a la principal institución internacional que rige el comercio internacional a fin de asegurar un acceso estable de los productos mexicanos a los mercados externos.

La apertura comercial que fue alcanzada, sería también adoptada por México como un mecanismo anti inflacionario. A pesar, de esta doble vía la apertura comercial fue sumamente exagerada, no se obtuvo la reciprocidad deseada y mientras México es uno de los países más abiertos al ingreso de las mercancías, los demás Estados no dejan que los productos mexicanos lleguen con la misma facilidad debido a las altas tasas arancelarias.

¹⁶ Cfr. Testimonios. Op. Cit. p. 551

¹⁷ Mercado. Op. cit. p. 355.

En 1986 se decide por parte del gobierno mexicano dar el paso hacia la liberación económica, dando un giro al desarrollo económico, iniciando la transformación de la planta industrial, sólo para encontrarse repetidamente con las barreras no arancelarias que imponía el gobierno estadounidense a muchos de nuestros productos. El mercado natural y el más grande del mundo que son los Estados Unidos de América, se encontraba restringido para México, debido al enorme proteccionismo que existe en este país.

Por lo tanto, se empezó a negociar un esquema de reglas claras con Estados Unidos de América, pero el gobierno mexicano, consciente de nuestra historia, rechazó sistemáticamente la opción de seguir por el camino de Canadá y negociar un acuerdo amplio y comprensivo. Por lo que ni se reactivaba la inversión ni parecían consolidarse los beneficios ya logrados de la reforma económica.

Cuando inicio su periodo presidencial (1988-1994), el entonces presidente Carlos Salinas de Gortari, se encontró con: Un crecimiento económico negativo, una moneda desgastada por las constantes devaluaciones, una inflación disparada y una escasa inversión extranjera. Durante su gobierno el ex presidente manifestaría tener tres importantes prioridades entre las cuales estaban: La deuda externa, el comercio exterior y las inversiones extranjeras. Buscó reforzar la política de libre comercio, la justificación para adaptar dicha política fue:

- a) La creciente incapacidad del modelo desarrollo basado en la sustitución de importaciones para generar el modelo económico estable;
- b) El libre comercio podría generar el crecimiento en la generación de empleos y la exportación;

- c) Los buenos resultados obtenidos en 1983, gracias a la política de apertura iniciada dicho año;
- d) La congruencia y complementariedad entre los cambios estructurales y la política comercial;
- e) La formación de bloques económicos;
- f) La intensa competencia por capitales y la aparición de nuevas economías de mercado.¹⁸

El ex presidente Carlos Salinas dispuso de recursos para utilizar; instrumentos de política de gasto, de ingresos, de aranceles, de precios públicos, de subsidios y de fortaleza de las empresas estratégicas para efectuar proyectos de privatización, y seguir con un modelo neoliberal a partir de una economía mixta, donde el Estado no tuviera participación si no que fuera mixta por el aporte de capital privado nacional y la inversión extranjera.¹⁹

Se persiguieron muchos objetivos entre los cuales estaban; la búsqueda de una estabilidad económica y la ampliación de recursos para la inversión y modernización de la planta productiva. Mediante el Programa Nacional de Modernización de la Industria y del Comercio Exterior (PRONAMICE), se trataron de plasmar varios objetivos entre los que destacaban: a) Internacionalización de la industria nacional; b) Fomento a la inversión tecnológica; c) Incremento de la desregulación; d) Impulso a las exportaciones no petroleras y e) La modernización y diversificación del comercio exterior.

Estas medidas hicieron que el precio del petróleo se fortaleciera y se incrementaran las exportaciones que no tuvieran que ver con dicho

¹⁸ Blanco, Herminio. Las negociaciones comerciales de México con el mundo. FCE, México, 1994, pp. 19-20.

¹⁹ Mercado. Op. cit. p. 357.

energético, haciendo que la deuda externa se pudiera renegociar y ser reducida en una manera considerable. Se lograron importantes acuerdos con el Banco Mundial (BM), con el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Banca Privada (BP). Para el gobierno Salinista estas negociaciones fueron históricas y hacían pensar que pronto se saldría adelante del problema de la deuda.

Durante este sexenio, la política exterior alcanzó una importancia nunca antes vista, a tal grado que no se podía plantear políticas internas sin considerar a las externas, México logró avances entre los cuales destacaron una fortaleza de su moneda el peso, la regularización de la inflación, y sobre todo, la incursión del mercado mexicano a otros Estados y la firma del Tratado de Libre Comercio con América del Norte, pero aun así, la devaluación no controlada de 1994, y la inexperiencia ante el comercio exterior nos hizo cuestionar el modelo económico.²⁰

²⁰ Velásquez Flores, Rafael. Introducción al Estudio de la Política Exterior de México. Editorial Nuestro Tiempo, México, 1995. p. 265.

2.2 ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO.

En América, los Acuerdos de Libre Comercio y de Inversión Extranjera han ido en un aumento sin precedentes, sobre todo después de la década de los años noventas. En dichos tratados se han incluido capítulos sobre inversiones en los acuerdos comerciales y se han negociado protocolos y decisiones sobre la materia. De los 58 tratados bilaterales de inversión que se firmaron, 55 fueron suscritos después de 1990. Aunque los primeros tratados se originaron en Europa a fines de la década de los cincuenta a partir de ahí se han ido pactando más acuerdos y tratados comerciales.

A mediados de la década de los ochenta y principios de la siguiente década se iniciaron amplias reformas económicas en todo el continente y un proceso de liberalización del comercio exterior en América Latina y el Caribe. En consecuencia se liberó el régimen de inversiones en muchos Estados. Para promover la inversión extranjera dentro de estos regímenes se tomaron medidas como el otorgamiento del trato nacional y la eliminación de la mayor parte de las restricciones a las remesas de capital y ganancias. Se optó porque el medio para la solución de controversias entre el Estado anfitrión y los inversionistas fuera el arbitraje internacional, apartándose de lo que había sido la tradición de la mayor parte de los países latinoamericanos, basada en la doctrina Calvo. Según esta doctrina, un extranjero debe *"renunciar a la protección diplomática de su Estado de origen y a sus derechos conforme al Derecho Internacional, y recurrir exclusivamente a los tribunales del Estado receptor y a la legislación de éste. Los extranjeros pueden recibir un tratamiento tan favorable como los nacionales, pero no tienen derecho a un tratamiento más favorable"*.²¹

²¹ En dicha doctrina se define que "la norma general en el Derecho Consuetudinario Internacional es que un extranjero está obligado a agotar los remedios locales como requisito previo para obtener reparación internacional".

Al aplicar el enfoque de supresión de la cláusula Calvo frente a las inversiones extranjeras se permite superar un importante impedimento a la negociación y suscripción de tratados bilaterales de inversión entre países latinoamericanos y países exportadores de capital.

2.2.1 EL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ESTADOS UNIDOS-CANADÁ.

En enero de 1989, tras varios años de negociaciones, entró formalmente en vigor el Acuerdo de Libre Comercio suscrito entre Estados Unidos de América y Canadá²². Este convenio es mucho menos ambicioso y sirvió para romper las barreras arancelarias entre ambos. El acuerdo pone de manifiesto que la estrategia vigente entre los países desarrollados para sostener y/o mejorar su competitividad comercial en el seno de la economía global, es la participación en robustos bloques de países geográficamente afines y que, en consecuencia, el bilateralismo constituye actualmente un reto para el sistema internacional de comercio representado por el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT). Canadá vio este acuerdo como una oportunidad para entrar a un mercado Estadounidense muy grande, a pesar de que antes de firmar este acuerdo las barreras arancelarias entre ambos eran muy bajas. El acuerdo generó muchas presiones y fuertes polémicas en Canadá, principalmente en lo referente al peligro de dominación cultural por parte de los Estados Unidos. Aun así en 1989 se firma el acuerdo de libre comercio entre ambos.

Conforme al texto del propio acuerdo, éste fue suscrito para la realización de los siguientes cinco objetivos:

²² EXTERNAL AFFAIRS, CANADA. Free Trade Agreement between Canada and the United States of America: Text and Explanatory Notes.

1. Eliminar las barreras al comercio de bienes y servicios entre los territorios de las partes.
2. Facilitar condiciones de libre competencia en el área de libre comercio.
3. Liberar significativamente las condiciones para la inversión en el área de libre comercio.
4. Establecer procedimientos efectivos para la administración conjunta del Acuerdo y la resolución de disputas.
5. Sentar las bases para la posterior cooperación bilateral y multilateral para la expansión y realce de los beneficios derivados del propio tratado.²³

Un acuerdo de suma importancia debido a que dejaba como precedente la postura que asumirían los estadounidenses respecto a la negociación del tratado con México. Dicho acuerdo buscaba la mayor liberación económica posible, eliminando restricciones a las importaciones y en cuanto a la resolución de controversias se estableció que cada Estado se reservaba el derecho a fijar impuestos compensatorios, medidas antidumping, etc. Así se estableció la posibilidad de recurrir a paneles internacionales para la solución de cualquier futura controversia, creando una comisión bilateral para la solución de las mismas y se establecen los procedimientos. Las disputas podrían resolverse mediante un arbitraje vinculatorio y obligatorio siempre y cuando las partes se encuentren de acuerdo en emplear dicho procedimiento.

Canadá, anteriormente había adoptado medidas para diversificar su comercio, para no ser asimilado por los Estados Unidos. Por lo que para reducir sus vulnerabilidades frente su vecino poderoso, empezó a negociar con los Estados Europeos y con Japón.

²³ Cfr. Velásquez Flores. Op. Cit. p. 265.

Este fue el principal antecedente para la transición hacia un acuerdo general de libre comercio acorde con la realidad internacional y a las dinámicas económicas internacionales.

Este acuerdo implicó para México algo evidente; debía integrarse en el bloque económico norteamericano debido a que dos terceras partes de comercio de México es con los Estados Unidos, dando así lugar a una zona trinacional de libre comercio (México-Estados Unidos-Canadá).

2.2.2 EL TRATADO TRILATERAL DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN).

Desde hace mucho tiempo existen diversos acuerdos semejantes al Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN) en América Latina y en el mundo, podemos citar como ejemplos; la Organización de la Unidad Africana (OAU), el Pacto Andino o el Mercado Común Centroamericano (CACM); esquemas como el Mercado Común del Cono Sur (MERCOSUR), la Unión del Maghreb Árabe (AMU) en el Norte de África, la Organización de Cooperación Económica (ECO) entre los países islámicos de Asia del Sur y Central, y el Pacto “Visegrad” y Pentagonal en la Europa Comunista de los años de Guerra Fría, entre otros. Pero el TLCAN es el de mayor importancia entre cualquier otro acuerdo debido a la magnitud de las economías que involucra, y porque no solo es un acuerdo de apertura comercial, de liberación de sectores, etc., se incluyen en éste, temas como la inversión; propiedad intelectual; el papel del Estado frente a las Inversiones; servicios; la liberación del sector agropecuario. Estas cuestiones apenas están siendo analizadas en los foros de la Organización Mundial de Comercio (OMC) para saber la viabilidad de inclusión de estos temas en los acuerdos comerciales.

Al estudiar el tema de Tratado de Libre Comercio con América del Norte pretendemos analizar el compromiso adquirido por México frente a los Estados Unidos de América y Canadá. Las relaciones México-Estados Unidos de América están determinadas por la posición geográfica, proyectos nacionales y el contexto internacional. La interdependencia ha crecido por causa de mecanismos como el TLCAN y por la regionalización.

A principios de los años ochentas empezaron a plantearse nuevas estrategias económicas, tanto de parte del gobierno mexicano como de grandes grupos económicos. Tendría que replantearse la dirección del Estado en asuntos de índole comercial internacional. Así, el ex presidente Carlos Salinas de Gortari empezó a realizar una serie de negociaciones con los Estados Unidos de América para intentar consolidar la estrategia, él pensó que la decisión de negociar un acuerdo de libre comercio con ellos (y, eventualmente con Canadá) sería el parteaguas en el proceso de transformación del Estado mexicano que empezó a ocurrir a principios de 1990, cuando dió un nuevo viraje en la política gubernamental y el gobierno decidió romper con su esquema previo respecto a Estados Unidos. Se vió por primera vez la potencialidad que una relación con ellos podía tener. De esta manera se aceleró la recuperación de la economía por los flujos de inversión que, sin el acuerdo, habrían tomado lustros en materializarse.

El Tratado de Libre Comercio con América del Norte lo podemos definir como un acuerdo de integración que está basado en la interrelación económica y política entre los Estados suscriptores. En dicho tratado se engloba lo referente a la importación y exportación de los siguientes productos: maquinaria eléctrica, equipo de distribución, equipo de telecomunicaciones, maquinaria para artículos de oficina, auto partes, muebles, petróleo crudo, plásticos, hierro, acero, fertilizantes, azufre, productos de madera, productos textiles, farmacéuticos entre otros.

Las reformas económicas del presidente Carlos Salinas de Gortari abrieron la economía a la iniciativa privada desde 1989, salvo algunos sectores que quedaron en dominio del Estado como es el caso del sector energético, transportación marítima y el sector petrolero, casi todos los sectores restantes fueron privatizados. Entre los principales rubros que pertenecían al sector público y que fueron privatizados encontramos: líneas aéreas, bancos, plantas acereras, minas, cementos, compañías de fertilizantes, etc.

En 1990 el entonces presidente Carlos Salinas de Gortari inicia los primeros contactos para negociar el Tratado, a pesar de diversos factores en contra, como la desaparición de la Unión de Republicas Soviéticas Socialistas (URSS) y el surgimiento de nuevas economías de mercado que hacían que los inversionistas empezaran a sentirse atraídos por Europa del Este como un nuevo mercado sin explorar. El Tratado de Libre Comercio quedó listo para 1992 sin importar el cambio de gobierno en los Estados Unidos de América (*la entrada del presidente William Clinton y la salida del presidente George Bush Sr.*). El Nuevo presidente de los Estados Unidos de América, William Clinton (1992-2000) condicionó el tratado hasta que se incluyeran acuerdos en materia ambiental y laboral.

El 12 de junio de 1991 empezaron las negociaciones formales del TLCAN en Toronto, Canadá. Estas concluyeron catorce meses después, el 12 de agosto de 1992. El tratado se firmó por los mandatarios de los tres países el 17 de diciembre de 1992, para finalmente, entrar en vigor, el 1º de enero de 1994.

El tratado está conformado por un preámbulo y 22 capítulos agrupados en ocho partes. En el preámbulo, los tres países confirman su compromiso de

promover el empleo y el crecimiento económico en la región, mediante la expansión del comercio y las oportunidades de inversión, etc.²⁴

El artículo 101 habla sobre el establecimiento de una zona de libre comercio por las partes del tratado. Posteriormente, se mencionan los objetivos del tratado en el artículo 102, los cuales son los siguientes:

Artículo 102. Objetivos

Los objetivos del presente Tratado, expresados en sus principios y reglas, principalmente los de trato nacional, trato de nación más favorecida y transparencia, son los siguientes:

Eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y de servicios entre los territorios de las Partes;

Promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio;

Aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes;

Proteger y hacer valer, de manera adecuada y efectiva, los derechos de propiedad intelectual en territorio de cada una de las Partes;

Crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias;
y

Establecer lineamientos para la ulterior cooperación trilateral, regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios de este Tratado.

Al señalar los objetivos de dicho tratado se deja en claro que para cualquier modificación o evolución del mismo se tendrán que tomar en cuenta los objetivos estipulados en él artículo 102. Este artículo trata de un acuerdo para eliminar la regulación o intervención del Estado en materia económica, así como los “obstáculos” al comercio, haciendo que el mercado “flote” y se autorregule, debilitando la soberanía e intercambiando la inversión extranjera por derechos encima de cualquier nacional. Como veremos adelante, el

²⁴ Cfr. Velásquez Flores. Op. Cit. p. 265

término *expropiación Indirecta* contenido en el artículo 1110 del TLCAN, permite que se demande al Estado por cualquier medida que disminuya la ganancia del inversionista.

El Tratado de Libre Comercio es sin duda alguna una corriente de las políticas neoliberales en la que se centró el gobierno Salinista, basada en tres ejes: deuda externa, comercio e inversiones. Haciendo una política de apertura indiscriminada al no contar con la oferta exportadora a la hora de la firma de dicho tratado en condiciones desventajosas para competir, debido a los rezagos históricos que tenemos, como el proteccionismo anti exportador, los 15 años de la crisis mexicana, el rezago tecnológico y científico, y la lenta modernización que se está generando hoy en día.

La importancia de este análisis histórico radica en que dicho modelo de tratado, es el que se pretende imponer para la celebración de acuerdos posteriores. Por lo que se debe replantear quien debe dictar los rumbos de la economía; si el poder económico o el poder del pueblo representado por el Estado. No se pretende un aislamiento, porque sería ridículo en esta era global, pero si una globalización de carácter humano y en bienestar para la población y el medio ambiente, mediante acuerdos que promuevan el desarrollo sustentable mediante intercambio tecnológico, cultural, científico, y la distribución equitativa del ingreso tanto global como nacional.

CAPÍTULO 3. LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y LA EXPROPIACIÓN DENTRO DEL DERECHO MEXICANO Y EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON AMÉRICA DEL NORTE.

Los conceptos tanto de inversión como de expropiación, se encuentran bien definidos tanto en el derecho nacional, como en el Tratado de Libre Comercio con América del Norte. Pero lo que resulta curioso es que son muy diferentes tanto en el ámbito de aplicación nacional como en el del tratado. Son diferentes en sus alcances y por lo mismo dentro de este capítulo se hará el análisis en los dos ámbitos.

3.1 LA SOBERANÍA DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA FRENTE A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON AMÉRICA DEL NORTE.

Como hemos señalado anteriormente, el fenómeno de Integración Económica y la formación de bloques comerciales, han hecho que se replanteen muchos de los conceptos del derecho y aparezcan otros tantos. Uno de estos, es el concepto de soberanía. Dentro de un punto de vista clásico la soberanía es la facultad absoluta de un pueblo o Estado para autodeterminarse; esta definición un tanto simple nos refleja la idea o el espíritu que se pretende plasmar. Que un Estado forme y consolide las instituciones necesarias para el manejo de recursos tanto materiales como humanos, así como determine las directrices necesarias para el logro de ciertos objetivos sobre la base del bienestar de su población o del mismo Estado.

La Constitución Mexicana es una constitución rígida, republicana, presidencial, federal, ya que sin existir plena concordancia entre lo dispuesto

por la norma constitucional y la realidad, existe la esperanza de que tal concordancia se logre.¹

La Constitución está compuesta de 136 artículos, como en la mayoría de las constituciones puede advertirse una parte dogmática y una parte orgánica: la cual la parte dogmática es en la que se establece la declaración de garantías individuales, comprende los primeros 28 artículos de la Constitución. Y en la orgánica las bases para la constitución del Estado, los órganos y la relación entre los mismos.

Los principios esenciales de la Constitución Mexicana son los siguientes: la idea de soberanía, los derechos humanos, la división de poderes, el sistema federal, el sistema representativo, la supremacía del Estado sobre la Iglesia y la existencia del juicio de amparo como medio fundamental de control de la constitucionalidad.²

En la actualidad, el principio de soberanía es fundamental para la constituir cualquier Estado; pero en un punto de vista práctico nos atreveríamos a decir que esta más en desempleo, ya que pocos gobiernos se atreven a promover legislaciones que puedan afectar el entorno económico internacional o de las multinacionales como queda expuesto a lo largo de esta investigación, o tal como se apunta en el libro de *No logo* de Naomi Klain ***“...las espantosas condiciones en cuestión han provocado una huelga en la fábrica de vestidos Kaho Indah Citra, en las afueras de Yakarta. El problema de las obreras de Kaho, que ganan el equivalente a dos dólares diarios, es que las obligan a hacer muchas horas extras todos los días, pero no les pagan lo que manda la ley. Después de tres días de inactividad, la empresa les ofreció un compromiso típico de la región: no sería obligatorio hacer horas extras, pero***

¹ Carpizo MacGregor, Jorge. La Constitución Mexicana de 1917, 9ª edición, México, Porrúa, 1995. p. 35

² Cfr. Tena Ramírez, Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, 37a. edición, México, Porrúa, 2005. p. 79.

la paga seguiría siendo inferior a lo legal. Las 2 mil trabajadoras volvieron a las máquinas de coser excepto 101 jóvenes que, según dictaminó la patronal, habían sido las organizadoras de la huelga. "Hasta ahora, nuestra situación no se ha resuelto", me dijo una de ellas, llena de frustración..."³ ejemplo de ello también son las empresas: **Caterpillar**, denunciada por abastecer a Israel con bulldozers usados para destruir las casas de los palestinos; **Chevron**, tiene instalada en Richmond, California, una refinería donde se arrojan desechos tóxicos provocado daños a la salud; **A fortiori**, a cooperado con el gobierno en Nigeria para reprimir manifestantes que se oponen a la extracción del petróleo en el Delta del río Níger; **Coca-Cola**, empresa con antecedentes de abusos de los derechos de los trabajadores, asesinatos, promoción de la privatización del agua y discriminación laboral. En Colombia ocho líderes sindicales de las embotelladoras han sido asesinados. Se le considera a esta compañía como "el patrón más discriminativo del mundo" y se ha colocado como la punta de lanza de la privatización del agua. Bajo las marcas Dasani y BonAqua, en Plachimada, Kerala (India) destruye la agricultura local mediante la privatización de los recursos acuíferos, agotando el subsuelo y afectando a miles de comunidades con carestía de agua y destrucción de su actividad agrícola; el agua residual ha sido contaminada con abundante cloro y niveles de bacterias" que han provocado afecciones de salud pública; **Wal-Mart**, considerada el simbolo del expansionismo comercial, su ascenso va ligado a procesos de destrucción de fuentes de trabajo, de concentración de la riqueza y de quiebres de pequeñas y medianas empresas, iniciando el mobing laboral y el dumping social. Mencionando solo algunas empresas y su influencia en diversos gobiernos.⁴

³ Cfr. Naomi Klein, No Logo: El Poder de las Marcas. Paidós, México, 2001. 560 p.

⁴ Silvia, Ribeiro. Investigadora de grupo ETC. en: <http://www.jornada.unam.mx/2004/dic04/041220/014a2pol.php> (18 de febrero 2007).

Pero no todo es tan injusto, cuando realmente se quieren alcanzar ciertos beneficios para el pueblo, se entablan relaciones comerciales, de intercambio de tecnología, cultural, de todo tipo, y los Estados; libre y soberanamente aceptan auto restringirse, pero esta auto delimitación es parte de su propia soberanía, esto es; no cambian la soberanía por un puñado de beneficios, sino que negocian concesiones similares con otros Estados, en un grado de igualdad jurídica y en una relación donde se tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones.

Pero al definir lo anterior, nos damos cuenta que el término soberanía sigue existiendo, adaptándose y mutando de acuerdo a las realidades del fenómeno de la globalización, haciendo imposible a un Estado ser absolutista en cuanto a imponer sus preceptos, y la política ha quedado relegada frente a la carrera económica, sin que pueda tener control sobre los procesos económicos.

De 1921 a la fecha, la constitución ha tenido más de 350 modificaciones, lo que demuestra que, además de una rigidez teórica, ha sido muy flexible en la práctica, Las reformas hechas a nuestra constitución se han dirigido tanto al fondo como a la forma, de los preceptos en ella asentados. Algunos principios y postulados han sido totalmente modificados, otros lo han sido parcialmente e incluso, se ha reformado la constitución para decir algo que gramaticalmente ya decía. En todo caso las reformas auténticamente innovadoras constituyen la minoría. Se ha afirmado con justa razón que las múltiples reformas a la constitución no son una manifestación de falta de respeto hacia la ley fundamental, antes bien evidencian que se cree en la constitución y que se le quiere mantener viva.

Para analizar el aspecto de la soberanía mexicana frente al Tratado de Libre Comercio con América del Norte y llegar a una conclusión referente a la

postura de México frente a este concepto, es necesario elaborar un análisis de las características jurídico-esenciales de la soberanía nacional.

3.1.1 LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.

La Constitución es la primera norma del sistema jurídico mexicano, y basándose en ésta se fincan todas las demás fuentes del derecho nacional. En ella, se encuentran definidas las posturas en cuanto a leyes, reglamentos, tratados internacionales así como los organismos e instituciones legitimados para la observancia y cumplimiento del procedimiento al cual deben estar apegados para el cumplimiento de las normas.

El principio de supremacía constitucional se encuentra plasmado en el artículo 133 Constitucional que a la letra dice:

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión, que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados.”

Como observamos toda ley debe de estar de acuerdo y adaptada a los principios establecidos en la Constitución. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha hecho una interpretación al artículo 133 Constitucional, recientemente ha cambiado su criterio en el que había establecido que las leyes federales y los tratados internacionales tenían la misma jerarquía normativa. Ahora sostiene el criterio de que los tratados internacionales están por encima de las leyes federales. Esto se ilustra en la siguiente tesis jurisprudencial:

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "...serán la Ley Suprema de toda la Unión..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos esta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P.C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA", sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve. Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P.C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Número 60, Octava Época, diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA".⁵

La Constitución tiene el carácter de ley suprema y fuente de fuentes en el derecho nacional y los tratados internacionales se encuentran en un rango de *supra* posición encima de las leyes federales. El Martes 13 de febrero de 2007, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ratificó el criterio de que en la jerarquía de leyes del orden jurídico mexicano se encuentra en primer lugar la Constitución, en segundo los tratados celebrados y que se celebren por el presidente de la República con aprobación del Senado, y finalmente las leyes federales y estatales, con un margen de 6 votos contra 5, a diferencia de la anterior tesis aislada donde hubo unanimidad en el criterio, por lo que no sienta jurisprudencia, centrándose el debate en la revisión de 14 juicios de amparo que promovieron diversas empresas contra el Presidente de la República y el secretario de Economía, alegando que se les estaban aplicando leyes fiscales que van en contra de lo que se establece en tratados comerciales internacionales, especialmente en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Es decir, que la primera y la segunda salas pueden con este criterio decidir si las disposiciones normativas nacionales impugnadas están en contra de lo que se establece en el TLCAN, tal como se reproduce a continuación:

⁵ Ver jurisprudencia. *TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL*. Novena Época, Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: X, Noviembre de 1999. Tesis: P. LXXVII/99. Página: 46

TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.

Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez.

El Tribunal Pleno, el veinte de marzo en curso, aprobó, con el número IX/2007, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veinte de marzo de dos mil siete.

Nota: En la sesión pública de trece de febrero de dos mil siete, además del amparo en revisión 120/2002, promovido por Mc Cain México, S.A. de C.V., se resolvieron los amparos en revisión 1976/2003, 787/2004, 1084/2004, 1651/2004, 1277/2004, 1576/2005, 1738/2005, 2075/2005, 74/2006, 815/2006, 948/2006, 1380/2006, y el amparo directo en revisión 1850/2004, respecto de los cuales el tema medular correspondió a la interpretación del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a que se refiere esta tesis aislada.⁶

Entonces, si existe una contradicción entre las leyes federales (formuladas a partir de la constitución) y los tratados internacionales, prevalece lo dispuesto por los tratados internacionales de acuerdo con la aplicación del criterio

⁶ Ver jurisprudencia. TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. Novena Época, instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Abril de 2007 Página: 6 Tesis: P. IX/2007.Tesis Aislada Materia(s): Constitucional

jerárquico de solución de conflictos normativos y si existen vacíos normativos en la legislación federal, las normas establecidas en los tratados van a servir como principios para la interpretación e integración del ordenamiento.⁷ Si se confronta a un tratado ante las leyes federales los conflictos entre ambos tendrían que resolverse mediante reglas de conflicto establecidas en el tratado, ya que de acuerdo al principio "*pacta sunt servanda*",⁸ si el estado mexicano se compromete a resolver el conflicto en un panel arbitral, debe respetar dicho compromiso, ya que los deberes que adquiere un Estado son tanto internos como internacionales. Si se llegan a confrontar los preceptos constitucionales con algún tratado, en la aplicación del orden jerárquico para la solución de dicho conflicto prevalecerá la constitución, por ser ley suprema, sin embargo para el Derecho Internacional conforme a lo establecido en la Convención de Viena, la Carta Magna resulta irrelevante y los Estados deberán sujetarse a lo que se comprometen, porque en caso contrario se incurre en responsabilidad internacional. El problema entonces radica en nuestro proceso o sistema de recepción del Derecho Internacional y en la ambigüedad e ineficacia del artículo 133 Constitucional, ya que no esta acorde a la realidad internacional al omitir la prelación entre los actos internacionales y la normatividad jurídica interna.⁹ Los tratados nacen de la voluntad soberana del pueblo, previamente se negocian y el Senado los revisa y aprueba, y un Estado no debe invocar a su Constitución para impedir los efectos de una norma válida a la que se comprometió libre y

⁷ Carmona Tinoco, Jorge Ulises. La interpretación Judicial Constitucional. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1996. p. 194

⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969. PARTE III Observancia, aplicación e interpretación de los tratados. SECCION PRIMERA Observancia de los tratados. Artículo 26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

⁹ Cuestiones Constitucionales [en línea]. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999. Consultado el 24 de junio de 2007. Semestral. Disponible en: http://www.ejournal.unam.mx/cuestiones/cconst_index.html ISSN 1405-9193. p. 179.

soberanamente,¹⁰ es necesario reformar el artículo 133 Constitucional ya que a pesar de considerar constitucionales a los tratados basándonos en la interpretación de la Suprema Corte, estos deben ser aprobados por el congreso para evitar obligarse sin alguna cláusula de exclusión en casos donde se contradiga a los preceptos constitucionales, Antes de crear o plasmar una norma en un tratado, se debe corroborar que esta sea congruente con el sistema de derecho interno, sin quebrantar los principios rectores plasmados en la constitución, y sin contravenir también a las leyes federales ya que citando como ejemplo a la Ley de Amparo, esta es derivada de la tutela de las garantías individuales mismas que se encuentran plasmadas en la Carta Magna, y no puede estar un tratado por encima de esta ley de carácter federal.

3.1.2 CLÁUSULA CALVO Y LA INVERSIÓN EXTRANJERA.

La cláusula Calvo, es parte fundamental para el estudio de igualdad entre extranjeros y nacionales. Esta cláusula es ideada por el ex ministro de relaciones exteriores de argentina Carlos Calvo,¹¹ donde se hace constar el compromiso por parte de los extranjeros a no recurrir a la protección diplomática en los contratos celebrados entre el Estado con estos.

El artículo 27 constitucional, en su fracción I, contiene la Cláusula Calvo. Esta parte del precepto dice:

“Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derechos para adquirir el dominio de

¹⁰ En el artículo 27 de la Convención de Viena se señala que “El Derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”. El artículo 46 establece: “Con el consentimiento previo del Estado receptor y a petición de un tercer Estado no representado en él, el Estado acreditante podrá asumir la protección temporal de los intereses del tercer Estado y de sus nacionales.”.

¹¹ Carlos Calvo: (26 de febrero de 1822, Montevideo - mayo de 1906, París) publicista e historiador que se educó y actuó en la vida pública de la Argentina y que dedicó su vida al estudio de leyes. Si bien nació en Uruguay viajó siendo muy chico a Buenos Aires donde estudiaría Derecho.

las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. Asimismo, el estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo. En una franja de cien kilómetros a lo largo de la frontera y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre sus tierras y aguas.”

Según esta doctrina, un extranjero debe renunciar a la protección diplomática de su Estado de origen y a sus derechos conforme al Derecho Internacional, y recurrir exclusivamente a los tribunales del Estado receptor y a la legislación de éste. Los extranjeros pueden recibir un tratamiento tan favorable como los nacionales, pero no tienen derecho a un tratamiento más favorable. Esta cláusula es parte de un principio constitucional, donde la soberanía está por encima de cualquier contrato celebrado por parte del Estado con extranjeros, sujetándose estos al derecho interno.¹²

3.1.3 MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON AMÉRICA DEL NORTE.

Dentro del marco jurídico internacional existe la importancia de crear instrumentos que promuevan y protejan los flujos de inversión, de forma paralela a un marco jurídico internacional que fomente la exportación e importación de bienes y servicios.

México ha negociado disciplinas de inversión en Tratados de Libre Comercio, Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, Acuerdo para el fomento de la inversión (Acuerdo OPIC) y participa

¹² Núñez y Escalante, Roberto. La Cláusula Calvo en el Derecho Mexicano, en Revista de Investigaciones Jurídicas, Año 2, número 2. México: Escuela Libre de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1977 p. 67-80.

activamente en Foros Internacionales en los que se discuten y diseñan políticas en materia de inversión.

Dentro de estos foros encontramos los foros de la OMC (Organización Mundial de Comercio), BMC (Banco Mundial de Comercio), UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo).

De lo anterior, se desprende que dichos acuerdos tienen como propósito lograr una apertura comercial exitosa, estos van encaminados a una apertura de los flujos de capital productivos que generen recursos frescos, mayor transferencia de tecnología, intercambio de mejores prácticas administrativas y mejores empleos.

El rango constitucional de los aspectos específicos relacionados con principios contemplados en los acuerdos o tratados sobre inversión extranjera, es el siguiente:

1. Rectoría Económica del Estado: artículo 25 Constitucional.
2. Plan de Desarrollo Nacional: artículo 26 Constitucional.
3. Expropiación: artículo 27 Constitucional, párrafo VI, fracción VI.
4. Actividades exclusivas del Estado: artículo 28 Constitucional.
5. Concesiones: artículo 32 Constitucional.

3.1.3.1 NATURALEZA JURÍDICA DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON AMÉRICA DEL NORTE.

Un acuerdo de libre comercio es, jurídicamente, un tratado internacional. Como tal, implica un acuerdo de voluntades entre dos o más Estados soberanos que por virtud de él asumen ciertas obligaciones y adquieren ciertos derechos.

Para el maestro Arellano García, el tratado es de naturaleza híbrida al ser una mezcla entre dos conceptos diferentes como lo es el concepto de *tratado* y el de *acuerdo* por lo tanto es difícil definir su naturaleza jurídica por esta circunstancia, esto se explica por la implicación que tiene la denominación de dicho tratado en cada uno de los idiomas de las partes contratantes. Por un lado en el idioma Español se hace mención a un Tratado de Libre Comercio, y por el otro en el idioma inglés se le designa como *North American Free Trade Agreement*, lo que implicaría que para México es un tratado internacional y para Canadá y Estados Unidos de América es solamente un acuerdo comercial,¹³ y lo que distingue uno de otro concepto es la forma de dar el consentimiento y obligarse para la celebración de cada uno, ya que el tratado requiere un protocolo o procedimiento especial para celebrarse.

En Estados Unidos de América existe la figura jurídica llamada *treaty* que lo celebra el presidente de los Estados Unidos de América y debe ser aprobado por las dos terceras partes del senado norteamericano presentes. La diferencia entre el *treaty* (tratado) y el *trade agreement* (acuerdo comercial) es que este último es un acuerdo comercial que lo mismo lo puede celebrar la cámara de representantes de los Estados Unidos de América pero también se puede delegar la responsabilidad al presidente en turno de los Estados Unidos de América a través de la vía del *fast track* (*vía rápida*), el *agreement* es de una categoría inferior al *treaty*

En cuanto a la formalidad, mientras que México celebraba un tratado con la intervención del presidente de la república y sujeto a la aprobación del senado¹⁴ en los Estados Unidos de América el acto jurídico no tuvo el

¹³ Arellano García, Op. Cit. p. 846.

¹⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Título Tercero Capítulo III del Poder Ejecutivo. Artículo 89. *Las facultades y obligaciones del presidente son las siguientes: ...X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de*

carácter de tratado. Por lo que Arellano nos dice que se trata de un acto híbrido un *Acuerdo-Tratado*, que aun así asume ciertas obligaciones y ciertos derechos para las artes interesadas.

En el punto de vista del Derecho Internacional, en particular el de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁵ en el artículo segundo establece: "*Que se entiende por tratado, un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados, cualquiera que sea su denominación particular.*". De lo anterior se concluye que no importa se le designe acuerdo, pacto, convención, o convenio, ya que tendrá los mismos efectos jurídicos que un tratado.

Así, en el tratado encontramos ciertos elementos propios de un acto jurídico entre los cuales están:

- a) Acto Jurídico Trilateral.
- b) Es de naturaleza heterónoma en su cumplimiento. Lo que significa que para liberarse de su compromiso contraído México depende de la voluntad del sujeto pretensor.
- c) Existe un consentimiento de comprometerse, un acuerdo libre de voluntades.
- d) Objeto. En este renglón es difícil definir el objeto del tratado de libre comercio, porque aunque su nombre indique que se trata de un acuerdo comercial, en su contenido compromete a los Estados contratantes a asuntos más allá de índole comercial, como son en materia económica, asuntos de índole jurídica, servicios financieros,

controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y la seguridad internacionales.

¹⁵ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue aprobada en la ciudad del mismo nombre por diecinueve Estados, entró en vigor el 20 de enero de 1980. Cerca de cuarenta países han suscrito esta convención, estando México entre ellos.

condición jurídica de extranjeros, acceso de bienes extranjeros al mercado propio, reglas de origen, tecnología, procedimientos aduaneros, propiedad intelectual, solución supranacional de controversias, entre otros.

Dentro del Derecho Internacional el concepto de tratado de libre comercio se define como: “**Acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos del Derecho Internacional para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones jurídicas internacionales de índole comercial**”. Ya sea *treaty* o *agreement* se están señalando derechos y obligaciones para cada una de las partes que lo celebran, el objeto de este acuerdo es la creación de una zona de libre comercio

3.1.3.2 EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE Y LA SOBERANÍA.

Como se analizó en el punto anterior, el Tratado de Libre Comercio con América del Norte, se origina de la voluntad soberana de las partes que intervienen en él, comprometiéndose a liberar los obstáculos que puedan presentarse tanto al comercio como a la inversión. Al estar los tratados en un grado superior o por encima de las leyes federales, estamos haciendo referencia de que se está validando a éstos como una institución jurídica de carácter multinacional.¹⁶ Además de que se trata de adecuar la importancia de éstos en el sistema jurídico mexicano. El contraer obligaciones no significa la pérdida de una soberanía, al contrario, es el fortalecimiento de las relaciones internacionales para regular las conductas fundamentadas en la soberanía. El principal problema que se observa, es que el TLCAN, a pesar de ser un acuerdo mutuo, y donde el Estado por su propio derecho a autodeterminarse suscribió el mismo; contraviene preceptos constitucionales

¹⁶ CIDAC, El Acuerdo de Libre Comercio México- Estados Unidos. Editorial Diana, México. 1992. pp. 18-25.

referentes a la soberanía, tales como la cláusula Calvo, porque los mecanismos para la solución de controversias (como se analizará en este mismo capítulo), no son los que el Estado establezca, sino que son mediante paneles de arbitraje. Por lo que el principal problema es que se debe buscar la adecuación de término *soberanía* a la realidad internacional o bien replantear el tratado para que se adecue a un principio ortodoxo de soberanía. Lo que no cabe duda es que se están contrapunteando ambos. Y esto hace que existan inmensas lagunas referentes a diversas definiciones, como es en el caso de la expropiación indirecta.

El pueblo siempre tendrá la libertad de autodeterminarse, siendo este un principio fundamental e inviolable. Pero este no debe limitarse solo a su forma de gobierno, o a su soberanía territorial, si no que también debe tener cierta intervención para organizar los mecanismos de los mercados buscando el bienestar social. La soberanía está siendo transgredida porque la voluntad aunque representada por el Estado, es influenciada o coaccionada por los factores económicos de las multinacionales por lo que es una voluntad viciada y donde es más fácil reformar la Constitución que adecuar los tratados a ésta.

3.2 LA EXPROPIACIÓN EN EL DERECHO MEXICANO.

Para un inversionista extranjero o nacional, el mayor riesgo al que se puede enfrentar es la expropiación. A partir de la expropiación petrolera, el Estado Mexicano se ha manifestado por sacrificar la propiedad privada a favor del bienestar social debido a esto México ha recibido duras críticas en el ámbito internacional. Citando al Maestro Ricardo Méndez Silva, esta acción ha sido malinterpretada e injustamente atacada. Porque la expropiación no es un mero capricho del Estado sino que se trata de un instrumento de equilibrio entre el interés individual y el interés colectivo.¹⁷

La apertura económica, ha hecho que en el contexto de los tratados internacionales se circunscriba la facultad del Estado a expropiar los bienes, esto es para dar mayores garantías a la inversión. A partir del TLCAN se han hecho reformas en el sistema jurídico, expresadas, por citar una, la promulgación de la Ley de Expropiación, en el sexenio de Carlos Salinas.

En el Derecho Mexicano, la propiedad es un bien jurídico que se encuentra salvaguardado. En el artículo 14 párrafo tercero, de la constitución se establece que nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, pensiones o derechos, si no mediante un juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Así prácticamente podemos afirmar que el Estado Mexicano, al igual que la inmensa mayoría de los Estados que se apegan al Derecho Internacional, posee normas que garantizan la propiedad privada, la libre empresa y la

¹⁷ Méndez Silva, Ricardo, Op. Cit. pp. 134-136.

igualdad de trato entre nacionales y extranjeros. Consagrando el bien jurídico de la propiedad en la Constitución.

En el artículo 27 Constitucional párrafo segundo, encontramos una definición de expropiación:

"Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causas de utilidad pública y mediante indemnización."

Esto nos establece que existen dos nociones básicas:

1. Que es por causa de utilidad pública
2. Mediante indemnización.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación nos señala elementos de existencia para la expropiación y estos son:

1. La ley que determine las causas en que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada;
2. Declaración de la autoridad administrativa, de que en determinados casos es de utilidad pública esa ocupación; y
3. Diligencias de expropiación, que tengan por objeto fijar el monto de la indemnización.¹⁸

Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la expropiación de bienes de particulares, sólo procede en los términos del artículo 27 de la Constitución Federal cuando existe una causa de utilidad pública y mediante la indemnización; y que no es bastante para que la utilidad pública quede demostrada, el hecho de la autoridad responsable lo

¹⁸ Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época, Instancia: Pleno, Tomo: 73 Primera Parte Página: 15.

afirme, sino que es indispensable que se aduzcan o rindan pruebas que justifiquen esta utilidad, en el expediente respectivo de expropiación.¹⁹

La utilidad pública es uno de los requisitos indispensables para la existencia de una expropiación en México al igual que en otros Estados donde se salvaguarde la propiedad. En nuestro Derecho, se han dispuesto una serie de ordenamientos jurídicos para que, mediante las leyes de la federación o las leyes de cada Estado, se determinen que casos son los que caen en el supuesto de utilidad pública y así de acuerdo con las mismas leyes las autoridades hagan la declaración correspondiente. Cabe señalar que dicha declaración debe hacerla siempre el poder ejecutivo y no el legislativo pues se violaría el artículo 27 Constitucional.²⁰ Esto es con el fin de prevenir arbitrariedades e injusticias en la privación de la propiedad privada.

La indemnización surge como idea del Constituyente para dar satisfacción a necesidades inaplazables y para esto dejó en libertad a las leyes secundarias para que fijaran la indemnización cuando conviniera. Si es admitida por el expropiado, la fija el poder administrativo, pero si hay contención o existen mejoras posteriores a la valorización fiscal, entonces entra la competencia de la autoridad judicial.

Dentro de toda expropiación deberá existir una compensación, porque si no se hiciera tal, entonces caería el Estado en la figura de confiscación. El expropiado tiene derecho a recibir una indemnización equivalente al valor económico de la cosa expropiada, conforme al artículo 10 de la Ley de Expropiación vigente.

¹⁹ Cfr. Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tomo: LXXIV Página: 840.

²⁰ Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Instancia: Pleno, Tomo: VIII, Página: 509

La Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que la indemnización es el segundo requisito indispensable de la expropiación consistente en una cantidad de dinero en moneda nacional que es el valor de la propiedad ocupada así como la reparación de los diferentes daños causados por la expropiación.²¹

El ejercicio de la acción en la expropiación solo compete a la autoridad facultada para tal efecto, por lo cual está obligada constitucionalmente a cubrir la indemnización conforme a los principios derivados del artículo 27 Constitucional. Porque como sabemos la indemnización es la condición fundamental para efectuar la expropiación, haciendo el pago del bien afectado.

Se garantiza dicho pago en caso de que la autoridad se niegue a hacerlo, mediante el juicio de garantías; puesto que el amparo procede también contra la abstención de las autoridades de cumplir las obligaciones que la ley les impone.²²

La indemnización correspondiente es conforme a lo dispuesto en el artículo 27 Constitucional, fijándose un valor de lo expropiado, conforme a un valor fiscal o catastral existente. En caso de que no existiere dicho valor se tendrá que hacer un avalúo para determinar el valor fiscal.²³

3.2.1 LA LEY DE EXPROPIACIÓN.

La Ley de Expropiación reglamenta el párrafo segundo y la fracción VI, del artículo 27 Constitucional, promulgada el 25 de noviembre de 1936 como

²¹ Ver: Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tomo: LVI Página: 1167

²² Fuente: Semanario Judicial de la Federación Segunda Sala, Quinta Época Tomo: LXXXII Página: 4353

²³ Fuente: Semanario Judicial de la Federación Quinta Época: Segunda Sala Tomo: LIV Página: 3509

preámbulo para realizar la expropiación petrolera. Da certeza jurídica a los particulares en un procedimiento expropiatorio.

Es necesaria la existencia de una ley que determine los casos genéricos en que exista utilidad pública para que después el Ejecutivo, aplicando esa ley, decida en cada caso si existe o no esa necesidad y se verifique la expropiación.

Las causas de utilidad pública se mencionan dentro del artículo 1 de la Ley de Expropiación de la siguiente manera:

Artículo 1. Se consideran causas de utilidad pública:

I.- El establecimiento, explotación o conservación de un servicio público;

II.- La apertura, ampliación o alineamiento de calles, la construcción de calzadas, puentes, caminos y túneles para facilitar el tránsito urbano y suburbano;

III.- El embellecimiento, ampliación y saneamiento de las poblaciones y puertos, la construcción de hospitales, escuelas, parques, jardines, campos deportivos o de aterrizaje, construcciones de oficinas para el Gobierno Federal y de cualquier obra destinada a prestar servicios de beneficio colectivo.

IV.- La conservación de los lugares de belleza panorámica, de las antigüedades y objetos de arte, de los edificios y monumentos arqueológicos o históricos, y de las cosas que se consideran como características notables de nuestra cultura nacional;

V.- La satisfacción de necesidades colectivas en caso de guerra o trastornos interiores; el abastecimiento de las ciudades o centros de población, de víveres o de otros artículos de consumo necesario, y los procedimientos empleados para combatir o impedir la propagación de epidemias, epizootias, incendios, plagas, inundaciones u otras calamidades públicas;

VI.- Los medios empleados para la defensa nacional o para el mantenimiento de la paz pública;

VII.-La defensa, conservación, desarrollo o aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de explotación;

VIII.- La equitativa distribución de la riqueza acaparada o monopolizada con ventaja exclusiva de una o varias personas y con perjuicio de la colectividad en general, o de una clase en particular;

IX.- La creación, fomento o conservación de una empresa para beneficio de la colectividad;

X.- Las medidas necesarias para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la colectividad;

XI.-La creación o mejoramiento de centros de población y de sus fuentes propias de vida;

XII.- Los demás casos previstos por leyes especiales.

Estos son los casos que señala dicho ordenamiento, sin embargo, queda abierta, en la fracción XII, que la Federación y los Estados mediante sus diversas jurisdicciones determinen cuando hay utilidad pública y la ocupación de la propiedad privada. Pero, como bien lo señala la jurisprudencia²⁴, esto no debe entenderse como una facultad omnipotente del Estado.

Como hemos señalado anteriormente en esta Ley de Expropiación se determinan las causas de utilidad pública, y también se encuentra contenido el concepto legal de la expropiación, el artículo segundo nos señala lo siguiente:

“En los casos comprendidos en la enumeración del artículo 1o., previa declaración del Ejecutivo Federal, procederá la expropiación, la ocupación temporal, total o parcial, o la simple limitación de los derechos de dominio para los fines del Estado o en interés de la colectividad.”

Por lo tanto en el Derecho Mexicano definimos a la expropiación como la ocupación temporal, total o parcial, o la simple limitación de los derechos de dominio para los fines del Estado o en interés de la colectividad, mediante indemnización a través del procedimiento establecido.

3.2.2 PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO.

Cuando el Estado tiene ya un bien a expropiar sigue un procedimiento expropiatorio; dentro de este procedimiento corresponde a la Secretaría de Estado involucrada, departamento administrativo o Gobierno del Distrito

²⁴ Fuente: Semanario Judicial de la Federación Instancia: Pleno Quinta Época Tomo: IV Página: 919

Federal gestionar el expediente de expropiación. (Artículo 3º de la Ley de Expropiación). Y el Ejecutivo hará la declaratoria al respecto, esta se publicara en el Diario Oficial de la Federación y se notificará personalmente a los involucrados. (Artículo 4º de la ley en comento).

Se puede interponer un recurso administrativo de revocación ante el órgano gestor (Secretaría de Estado, Gobierno del Distrito Federal, Departamento Administrativo) en un lapso de 15 días hábiles, si no es interpuesto dicho recurso se pasará a ocupar el bien o los bienes de que se traten conforme a los artículos 5º, 6º y 7º de la Ley de Expropiación.

Dicho recurso de revisión se rige por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, si el acto expropiatorio se refiere las fracciones V, VI y X del artículo 1º. de esta ley, la interposición de este recurso no suspende la ocupación del bien o la ejecución de las disposiciones de limitación de dominio.

3.2.3 INDEMNIZACIÓN POR ACTOS DE EXPROPIACIÓN.

Dentro de la misma Ley de Expropiación, se nos señala la forma de indemnización, estableciendo un procedimiento para determinar el pago y la manera en que se fijará el mismo.

"Artículo 10. El precio que se fijará como indemnización por el bien expropiado, será equivalente al valor comercial que se fije sin que pueda ser inferior, en el caso de bienes inmuebles, al valor fiscal que figure en las oficinas catastrales o recaudadoras.

Artículo 19. El importe de la indemnización será cubierto por el Estado, cuando la cosa expropiada pase a su patrimonio.

Cuando la cosa expropiada pase al patrimonio de persona distinta del Estado, esa persona cubrirá el importe de la indemnización.

Estas disposiciones se aplicarán, en lo conducente, a los casos de ocupación temporal o de limitación al derecho de dominio.

Artículo 20. La indemnización deberá pagarse dentro del término de un año a partir de la declaratoria de expropiación en moneda nacional, sin perjuicio de que se convenga su pago en especie."

Por lo tanto, si el Estado requiere de expropiar una cosa para el bien común o utilidad pública debidamente justificada en los términos que ya señalamos, pagará a la persona perjudicada por la expropiación, el valor catastral de la cosa dentro del término de un año a partir de que la cosa pasa a su patrimonio. También como se señala en el artículo 10 de la ley en comento, el valor de la indemnización debe ser semejante al valor comercial del bien determinado a juicio de peritos y mediante resolución judicial cuando sea solo una ocupación temporal o una limitación de bienes de dominio, pudiendo el afectado solicitar la revisión total o parcial del bien, la insubsistencia de la ocupación temporal, la limitación de dominio o el pago de los daños causados. Lo anterior conforme al Código Federal de Procedimiento Civiles. Los nombramientos de peritos serán por el juez siendo las resoluciones de carácter de inimpugnables, siendo la indemnización cubierta en un lapso de un año y en moneda nacional.

Los bienes deben ser ascendidos al fin que se dio causa, en caso contrario en un lapso de cinco años se puede hacer la petición de la revisión total o parcial del bien o la insubsistencia de la ocupación temporal o limitación de dominio así como el pago de los daños causados pudiendo recurrirse al juicio de amparo en caso de que la expropiación no sea cubierta o sea cubierta de manera extemporánea.

3.3 MARCO JURÍDICO INTERNO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA.

A nivel interno, el marco jurídico de la inversión extranjera en México se integra por varios cuerpos normativos en conformidad con lo establecido en el artículo 73 párrafo XXIX-F Constitucional que a la letra dice:

ARTÍCULO 73. EL CONGRESO TIENE FACULTAD:

XXIX-F. Para expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional;

De lo anterior se desprende que la normatividad de la inversión extranjera es materia exclusivamente federal y, por ende, no corresponde a los Estados o al Distrito Federal legislar sobre este particular. Este precepto es parte del marco Constitucional del artículo 73 fracción XXIX-F, siendo sus leyes reglamentarias en materia de inversión extranjera, las siguientes:

1. Ley de Inversión Extranjera.
2. Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.
3. Resolución General número 5 de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras.

3.3.1. LEY DE INVERSIÓN EXTRANJERA.

Publicada el 27 de diciembre de 1993, ha sufrido modificaciones en 1995, 1996, 1998, 1999 y 2001. Su característica principal es establecer una regla general de apertura sectorial contenida en su artículo 4º, la cual señala que la inversión extranjera puede participar en cualquier proporción en el capital social de sociedades mexicanas, abrir y operar establecimientos, tan sólo con las excepciones o limitantes que la propia ley contempla.

“La inversión extranjera podrá participar en cualquier proporción en el capital social de sociedades mexicanas, adquirir activos fijos, ingresar a nuevos campos de actividad económica o fabricar nuevas líneas de productos, abrir y operar establecimientos, y ampliar o relocalizar los ya existentes, salvo por lo dispuesto en esta Ley.

Las reglas sobre la participación de la inversión extranjera en las actividades del sector financiero contempladas en esta Ley, se aplicarán sin perjuicio de lo que establezcan las leyes específicas para esas actividades.

Para efectos de determinar el porcentaje de inversión extranjera en las actividades económicas sujetas a límites máximos de participación, no se computará la inversión extranjera que, de manera indirecta, sea realizada en dichas actividades a través de sociedades mexicanas con mayoría de capital mexicano, siempre que estas últimas no se encuentren controladas por la inversión extranjera.”

Asimismo, las reformas practicadas a la Ley de Inversión Extranjera han profundizado, por un lado, la apertura de algunos sectores económicos a la inversión extranjera (90% del sector)²⁵ y, por otro, han establecido mecanismos para la desregulación y simplificación administrativas.

Entre las actividades reservadas se encuentran de acuerdo al artículo 5º de la Ley de Inversión Extranjera, las siguientes:

Artículo 5.- Están reservadas de manera exclusiva al Estado las funciones que determinen las leyes en las siguientes áreas estratégicas:

- I.- Petróleo y demás hidrocarburos;*
- II.- Petroquímica básica;*
- III.- Electricidad;*
- IV.- Generación de energía nuclear;*
- V.- Minerales radioactivos;*
- VI.- (Se deroga).*
- VII.- Telégrafos;*
- VIII.- Radiotelegrafía;*

²⁵ Fuente Secretaría de Economía. www.economia.gob.mx consultado el día 23 de febrero 2007.

- IX.- Correos;
- X.- (Se deroga).
- XI.- Emisión de billetes;
- XII.- Acuñación de moneda;
- XIII.- Control, supervisión y vigilancia de puertos, aeropuertos y helipuertos; y
- XIV.- Las demás que expresamente señalen las disposiciones legales aplicables.“

También se enlista en el artículo 6º las actividades económicas que están reservadas de manera exclusiva a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros y que son:

Artículo 6.- Las actividades económicas y sociedades que se mencionan a continuación, están reservadas de manera exclusiva a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros:

- I.- Transporte terrestre nacional de pasajeros, turismo y carga, sin incluir los servicios de mensajería y paquetería;*
- II.- Comercio al por menor de gasolina y distribución de gas licuado de petróleo;*
- III.- Servicios de radiodifusión y otros de radio y televisión, distintos de televisión por cable;*
- IV.- Uniones de crédito;*
- V.- Instituciones de banca de desarrollo, en los términos de la ley de la materia; y*
- VI.- La prestación de los servicios profesionales y técnicos que expresamente señalen las disposiciones legales aplicables.*

La inversión extranjera no podrá participar en las actividades y sociedades mencionadas en el presente artículo directamente, ni a través de fideicomisos, convenios, pactos sociales o estatutarios, esquemas de piramidación, u otro mecanismo que les otorgue control o participación alguna, salvo por lo dispuesto en el Título Quinto de esta Ley.

Y por último, otras en las que por regla general únicamente se permite participación de inversión extranjera hasta un 49%.

ARTÍCULO 7o.- En las actividades económicas y sociedades que se mencionan a continuación la inversión extranjera podrá participar en los porcentajes siguientes:

*I.- Hasta el 10% en:
Sociedades cooperativas de producción;*

*II.- Hasta el 25% en:
a) Transporte aéreo nacional;
b) Transporte en aerotaxi; y
c) Transporte aéreo especializado;*

*III.- Hasta el 49% en:
a) (Se deroga).
b) (Se deroga).
c) (Se deroga).
d) (Se deroga).
e) Instituciones de seguros;
f) Instituciones de fianzas;
g) Casas de cambio;
h) Almacenes generales de depósito;
i) Arrendadoras financieras;
j) Empresas de factoraje financiero;
k) Sociedades financieras de objeto limitado;
l) Sociedades a las que se refiere el artículo 12 bis de la Ley del Mercado de Valores;
m) (Se deroga).
n) (Se deroga).
o) Administradoras de fondos para el retiro;
p) Fabricación y comercialización de explosivos, armas de fuego, cartuchos, municiones y fuegos artificiales, sin incluir la adquisición y utilización de explosivos para actividades industriales y extractivas, ni la elaboración de mezclas explosivas para el consumo de dichas actividades;
q) Impresión y publicación de periódicos para circulación exclusiva en territorio nacional;
r) Acciones serie "T" de sociedades que tengan en propiedad tierras agrícolas, ganaderas y forestales;
s) Pesca en agua dulce, costera y en la zona económica exclusiva, sin incluir acuicultura;
t) Administración portuaria integral;
u) Servicios portuarios de pilotaje a las embarcaciones para realizar operaciones de navegación interior en los términos de la Ley de la materia;
v) Sociedades navieras dedicadas a la explotación comercial de embarcaciones para la navegación interior y de cabotaje, con excepción de cruceros turísticos y la explotación de dragas y artefactos navales para la construcción, conservación y operación portuaria;
w) Suministro de combustibles y lubricantes para embarcaciones y aeronaves y equipo ferroviario, y
x) Sociedades concesionarias en los términos de los artículos 11 y 12 de la Ley Federal de Telecomunicaciones.*

IV.- (Se deroga)

Como podemos observar, esta ley resultado de la celebración del Tratado de Libre Comercio, facilita la apertura gradual de la economía y la privatización parcial o total de algunos sectores para fomentar la inversión extranjera. Pero se ha dejado de lado la inversión nacional, cabe mencionar que dicha ley se llamaba anteriormente “Ley para promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera” pero ahora esta ley ha evolucionado para privilegiar la participación de la inversión extranjera en sectores públicos o privados.

La liberación a la inversión extranjera no debe ser de manera total, ya que ni los propios Estados Unidos de América han hecho eso; hay áreas estratégicas que deben estar reservadas al Estado, y siempre se debe tutelar la defensa de los recursos naturales.

3.3.1.1 SUJETOS DEL DERECHO EN LA LEY DE INVERSIÓN EXTRANJERA.

El artículo segundo de la Ley de Inversión Extranjera señala que los sujetos de la inversión extranjera son: Los inversionistas extranjeros, las sociedades mexicanas con participación de capital extranjero; incluyéndose tanto a personas físicas como morales mexicanas y extranjeras.

Esta ley no se es aplicable a lo sujetos que son excluidos de la misma, por ejemplo en la aplicación del artículo 15 de la ley de Comercio Exterior,²⁶ o

²⁶ En este artículo se señala en que casos pueden establecer las medidas de regulación y restricción no arancelarias a la exportación. Se establecen varios casos entre ellos están el asegurar el abasto de productos destinados al consumo básico de la población y el abastecimiento de materias primas, lo establecido en los convenios y tratados internacionales, cuando los productos cuya comercialización estén sujetos a restricciones específicas, cuando se tenga que preservar la flora y fauna y se tengan que adoptar medidas para la conservación de especies, también se señala la conservación de bienes históricos y todo lo concerniente a situaciones no previstas en materia de seguridad nacional, salud pública, salud fitopecuaria o ecológicas.

cuando realicen un acto que no se encuentre regulado por la ley de inversión extranjera, se pueden citar como ejemplo cuando un extranjero le paga un servicio, venta o producto a un mexicano y no tenga que ver directamente esto en una participación en la empresa de origen nacional.

Sin embargo, esta si se aplicaría cuando un extranjero adquiere una acción de una empresa, tenga voto limitado dentro de ésta, utilice a un nacional para controlar una negociación nacional, cuando una actividad tenga como finalidad la reducción del capital social logrando que un mayor número de partes o acciones queden en manos de la inversión extranjera.²⁷

Dentro de la ley de inversión extranjera, no se define la nacionalidad de los frutos obtenidos por dicha inversión. Como lo señala Jorge Barrera²⁸, la obtención de utilidades, rentas, intereses, regalías, etc, no se encuentran reguladas ni restringidas, existiendo una libertad absoluta para transferir los capitales o repatriarlos. Teniendo como consecuencia, inversiones especulativas, a corto plazo y corriendo el riesgo de que la balanza de pagos se rompa.

3.3.1.2 REGLAMENTO DE LA LEY DE INVERSIÓN EXTRANJERA Y DEL REGISTRO NACIONAL DE INVERSIONES EXTRANJERAS.

El Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras fue publicado el 8 de septiembre de 1998, precisa desde un punto de vista administrativo, las disposiciones de la Ley de Inversión Extranjera, clarificando el alcance de la apertura sectorial de este último ordenamiento legal, así como sus elementos de simplificación administrativa.

²⁷ Barrera Graf, Jorge. La regulación Jurídica de las Inversiones Extranjeras en México. UNAM, México, 1981 p. 46

²⁸ idem.

El Reglamento es una norma de carácter general, abstracta e impersonal, expedida por el titular del Poder Ejecutivo, con la finalidad de lograr la adecuada aplicación de una ley previa y desarrollar los preceptos de la Ley de Inversión Extranjera para la aplicación de ésta.

El fundamento legal de esta facultad lo encontramos consagrado en la fracción I, del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece:

*"Artículo 89 - Las facultades y obligaciones del presidente son las siguientes:
Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión proveyendo en la esfera administrativa su exacta observancia. ..."*

3.3.1.3 RESOLUCIÓN GENERAL NÚMERO 5, DE LA COMISIÓN NACIONAL DE INVERSIONES EXTRANJERAS.

La Resolución General Número 5, de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, es la única Resolución General de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (Órgano integrado por diez Secretarios de Estado) que se encuentra vigente en este momento. Esta resolución tiene como fundamento el artículo 9º de la Ley de Inversión Extranjera que señala lo siguiente:

ARTÍCULO 9º.- Se requiere resolución favorable de la Comisión para que en las sociedades mexicanas donde la inversión extranjera pretenda participar, directa o indirectamente, en una proporción mayor al 49% de su capital social, únicamente cuando el valor total de activos de las sociedades de que se trate, al momento de someter la solicitud de adquisición, rebase el monto que determine anualmente la propia Comisión.

Dicha resolución señala, el umbral a partir del cual se requiere de una decisión favorable del órgano intersecretarial aludido para que la inversión

extranjera adquiriera una participación accionaria mayoritaria en sociedades mexicanas ya constituidas que se dediquen a actividades no sujetas a regulación en materia de inversión foránea. (e. g. el Tratado de Libre Comercio de América del Norte).

**RESOLUCIÓN GENERAL NUMERO 5, QUE DETERMINA EL
MONTO ACTUALIZADO DEL VALOR TOTAL DE LOS ACTIVOS A
QUE HACE REFERENCIA EL ARTÍCULO 9o. DE LA
LEY DE INVERSIÓN EXTRANJERA**

REGLA ÚNICA.- Para los efectos de lo previsto por el artículo 9o. de la Ley de Inversión Extranjera, la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras ha determinado como nuevo monto del valor total de los activos de las sociedades mexicanas de que se trate el de dos mil trece millones quinientos diecinueve mil pesos.

En la resolución número 4 publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de septiembre de 2004, el monto mínimo era de un mil ochocientos dieciocho millones cuatrocientos cuatro mil pesos; Por lo que observamos que dicho umbral para los activos de las sociedades mexicanas ha aumentado. Esto es, que para que exista una participación de mas del 49% por parte un inversionista extranjero, al momento de someter la solicitud de adquisición, debe rebasar el monto del valor total de los activos que determina anualmente la Comisión.

3.3.2 NACIONALIDAD DE LA INVERSIÓN EN EL DERECHO MEXICANO.

Dentro de la Ley de Inversión Extranjera, la inversión se basa en la nacionalidad del dueño del capital invertido. Sin importar si vive en México, fuera de él, si son de capital mixto, y sin tomar en cuenta el origen o localización de la actividad o de la ubicación de la inversión. Si un mexicano radica en el extranjero, y decide invertir en México, la inversión escapa de la reglamentación de la Ley de Inversión Extranjera y en el supuesto de que una sociedad constituida por mexicanos pero este constituida en el

extranjero, estaremos hablando de capital extranjero y por lo tanto su inversión estaría sujeta a las disposiciones de la Ley de Inversión Extranjera por lo dispuesto en el artículo segundo fracción primera de la ley en comento. Otro supuesto sería que aún cuando la empresa este formada por mexicanos, el capital sea mexicano pero las decisiones del manejo de esta sea de influencia extranjera, se estaría hablado que se trata de una inversión extranjera, por que la ley es precisa respecto a este punto

3.3.3 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN EN EL DERECHO MEXICANO

El ámbito de aplicación de los acuerdos de inversión esta regulado por la definición de inversión-inversionista en nuestra legislación. Estos dos conceptos son muy amplios en nuestro Derecho por lo que el ámbito también es extenso. Claramente señala, que se puede participar en cualquier proporción en el capital social de sociedades mexicanas, adquirir activos fijos, ingresar a nuevos campos de actividad económica o fabricar nuevas líneas de productos, abrir y operar establecimientos, y ampliar o relocalizar los ya existentes.

El objetivo de ser tan amplias las definiciones es para garantizar una mayor protección que abarque cualquier esfera jurídica, tanto en derechos reales (servidumbres, hipotecas, usufructos, prendas), participación en sociedades o derechos en compañías (acciones, títulos, obligaciones comerciales, cuotas sociales), derechos de crédito, obligaciones o cualquier otra prestación que tenga valor económico directamente vinculados con la inversión, y derechos de propiedad intelectual (derechos de autor y derechos conexos, derechos de propiedad industrial tales como patentes, marcas de fábrica, procesos técnicos, nombres comerciales, diseños industriales, indicaciones geográficas, dibujos y modelos industriales, entre otros.). En cuanto a la territorialidad comprende el espacio terrestre, marítimo y aéreo

que se encuentre bajo la soberanía del Estado, así como la zona económica exclusiva y la plataforma continental que se extiende fuera del límite de mar territorial de México, sobre los cuales tiene, de acuerdo al derecho internacional jurisdicción y derechos soberanos a efectos de explotación, exploración y preservación de los recursos naturales.

3.3.4 ÁMBITO DE ACTIVIDADES DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA.

Durante la etapa previa a la apertura comercial al exterior de México,²⁹ la inversión extranjera era casi nula por el régimen de protección. A partir de 1990 el aumento del volumen de la inversión extranjera fue parte de una política de aceleración de la apertura comercial. Se tiene como objetivo el crecimiento del déficit comercial, que debía ser financiado por medio de la inversión extranjera, teniendo como resultado una política de atracción a dichos capitales.

Después de la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN) en 1994, han existido cambios positivos en la inversión extranjera. Para efectuar estos cambios se fijan políticas privatizadoras de empresas públicas y la fusión de empresas extranjeras con nacionales, llegando al punto de formas grandes alianzas comerciales.³⁰

Desde que México dio el paso a una apertura económica a partir del TLCAN, se ha logrado una mayor inversión extranjera directa. La inversión extranjera directa (IED) y las exportaciones han constituido dos piezas fundamentales del proceso de globalización en marcha. Durante el período del TLCAN la

²⁹ La apertura comercial al exterior, o liberación económica de México se inicia con el ingreso al Acuerdo General de Aranceles y Comercio en 1986. (General Agreement on Trade and Tariffs GATT).

³⁰ Durante el periodo comprendido de 1989 a 1994 el Estado se deshace de 366 empresas [Fuente: Balanza de Pagos del Banco de México]

inversión extranjera es menos especulativa. Aumenta la importancia de la inversión directa y disminuye la realizada en el mercado de dinero.

Dentro de la inversión de cartera también aumenta la importancia de la inversión en acciones frente la hecha en bonos en el mercado de dinero. Este hecho es también importante y positivo, la inversión en acciones de la Bolsa es especulativa para el inversionista (hoy compra de una empresa, mañana venta y compra de otra); pero el dinero mantiene conexión con la planta productiva. En cambio, en el mercado de dinero, sobre todo en bonos gubernamentales, ya no tiene conexión con la producción ya que el gobierno lo está utilizando para re-financiar otra deuda³¹.

Podemos precisar el ámbito de actividades a que se puede extender la inversión extranjera, sus condicionamientos y limitaciones. Dentro de los principios reguladores de la actividad económica, existen reglas que permiten canalizar la inversión extranjera otorgándoles mayor seguridad jurídica; mayor apertura a la inversión extranjera, desregulación jurídica, apertura sectorial y eliminación de requisitos de desempeño así como también pueden existir reglas que limiten la inversión extranjera.

La Constitución, en su artículo 5º, determina que a ninguna persona puede impedírsele que se dedique a la profesión, industria, comercio, trabajo, que le acomode siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo puede vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de terceros o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la Ley. Por otra parte, el Código de Comercio en su artículo 3º, fracción III determina que las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio son sujetos de comercio. Finalmente, el artículo 13 del mismo Código menciona que los extranjeros

³¹ Arroyo Picard, Alberto. Op. Cit. p. 21

son libres para ejercer el comercio, según lo que se hubiere convenido en los tratados con sus respectivas nacionales, y lo que dispusieran las leyes que arreglen los derechos y obligaciones de los extranjeros.

Podemos decir que existen las condiciones para garantizar una libertad económica. El Estado mexicano se ha preocupado por seguir ese camino de apertura reformando varias veces la Ley de Inversión Extranjera, permitiendo progresivamente la participación de inversión extranjera en sociedades constituidas nacionalmente y en una apertura mayor a la inversión, en actividades exclusivas del Estado. Así se ha eliminado ciertas restricciones y en algunos casos dejando totalmente libre el porcentaje en el capital accionario a personas o compañías extranjeras.

Pero como se ha mencionado en este trabajo, se debe tener una política económica clara para tener ventajas sobre dichas inversiones. Por lo tanto se puede decir que sí existen las condiciones para que dichas inversiones lleguen a competir en igualdad de condiciones, sin embargo, el artículo 5º de la Ley de Inversión Extranjera señala las áreas estratégicas que todavía están reservadas de manera exclusiva al Estado, y el artículo 4º de la ley en comento nos señala que esta puede participar en todos los sectores, en todos los ámbitos de actividades como: bienes muebles, inmuebles, activos, concesiones, prestaciones, propiedad intelectual, propiedad industrial, arrendamientos, tecnología, entre otros, excepto en los que se mencionen en los artículos 5º y 6º de la misma.

3.4 LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN EL CAPÍTULO XI DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON AMÉRICA DEL NORTE.

En el Derecho Internacional, en su parte adjetiva o procesal, los tribunales en materia de expropiación, hacen rigurosos análisis para saber si existió la utilidad pública en dicho acto administrativo. Se ha respetado que la expropiación es parte del ejercicio de la soberanía los Estados. Así que, para proteger las inversiones se estableció la creación de un Capítulo de Inversión donde está incluido el término expropiación indirecta. Pero primero haremos el análisis de que significa la inversión dentro del Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN), objeto de la expropiación indirecta.

Al negociar el TLCAN, los tres Estados decidieron crear un capítulo sobre inversión, para crear un marco de certidumbre al capital para establecerse o expandirse en la zona de libre comercio. Así los Estados suscriptores ofrecen un mercado interno atractivo y la posibilidad también, de acceder al mercado de los otros miembros y aprovechar los flujos comerciales de la zona de libre comercio.³²

Dentro del TLCAN, en la quinta parte del tratado se ubica el Capítulo XI, que se refiere a la inversión, servicios y asuntos relacionados. Este capítulo a su vez se divide en Secciones A, B y C.

La Sección A, se refiere a lo relacionado con la inversión, dicha sección abarca los artículos 1101 al 1114. Dentro de esta sección encontramos la definición en el tratado de inversión, inversionista, los estándares o principios rectores del tratado en materia de inversión tales como: el trato nacional,

³² Heftye Etienne, Fernando. El Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio: Inversión. Citado por Witker Velásquez, Jorge. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte: análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas. UNAM, México, 1993. p. 63.

nivel mínimo de trato, requisitos de desempeño, entre otras excepciones en los anexos del tratado.

La Sección B, comprende lo relacionado a la solución de controversias entre una parte y un inversionista de otra parte, esto es entre un Estado miembro del tratado y un inversionista extranjero; comprendiendo del artículo 1115 al 1137. Aquí se contienen las cláusulas de solución de controversias mixtas.

La Sección C, contiene las definiciones o términos de ciertos conceptos, comprende los artículos 1138, 1139 y por último, sus anexos.

3.4.1 INVERSIÓN DENTRO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN)

En el Capítulo XI, Sección C, dentro del artículo 1139 del Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN) se encuentra que se considera como inversión a:

Una empresa;

Acciones de una empresa;

Instrumentos de deuda de una empresa:

(i) Cuando la empresa es una filial del inversionista, o

(ii) Cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres años, pero no incluye una obligación de una empresa del Estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;

(d) un préstamo a una empresa,

(i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o

(ii) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años, pero no incluye un préstamo a una empresa del Estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;

(e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;

(f) una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que éste no derive de una obligación o un préstamo excluidos conforme al incisos (c) o (d);

- (g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y*
- (h) la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte, entre otros, conforme a:*
 - (i) contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de otra Parte, incluidos, las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano, o*
 - (ii) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa; pero inversión no significa:*
 - (i) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:*
 - (i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte; o*
 - (ii) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un préstamo cubierto por las disposiciones del inciso (d); o*
 - (j) cualquier otra reclamación pecuniaria; que no conlleve los tipos de interés dispuestos en los párrafos (a) a (h);*

Por lo que entendemos que la inversión dentro del TLCAN es todo capital que puede presentarse de diversa formas, ya sea en monedas, divisas, títulos de crédito, maquinaria o equipo industrial, activos intangibles como patentes, marcas, tecnología, asistencia técnica, financiamientos, etc., relacionados con una participación en actos y negocios que participen en la intervención en el patrimonio, capital, y administración de empresas nacionales (Estados Unidos de América, Canadá y México).

3.4.1.1 DEFINICIÓN DE INVERSIONISTA EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON AMÉRICA DEL NORTE.

Tomando en consideración la definición de Inversionista, "Inversionista de una Parte" contenida en el artículo 1139 del Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN) significa: una parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión. Este debe ser nacional al tratado de libre comercio, es decir, debe tener una nacionalidad de los tres Estados suscriptores de

dicho tratado, para tener derecho a formular una reclamación con protección bajo el TLCAN. Es importante señalar que dicho inversionista o parte de una empresa³³ al efectuar dicha reclamación conforme al TLCAN, debe renunciar a su derecho de continuar un procedimiento por daños ante los tribunales locales.

3.4.1.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA INVERSIÓN EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON AMÉRICA DEL NORTE.

Como se menciona en el Capítulo XI, Sección A, artículo 1101, el ámbito de aplicación de la inversión en el Tratado nos señala:

Artículo 1101: Ámbito de aplicación

1. Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:

- a. los inversionistas de otra Parte;*
- b. las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte; y*
- c. en lo relativo al Artículo 1106 Y 1114, todas las inversiones en el territorio de la Parte.*

2. “Una Parte tiene el derecho de desempeñar exclusivamente las actividades económicas señaladas en el Anexo III, y de negarse a autorizar el establecimiento de inversiones en tales actividades”.

3. Este capítulo no se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte en la medida en que estén comprendidas en el Capítulo XIV, “Servicios financieros”.

4.” Ninguna disposición de este capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte prestar servicios o llevar a cabo funciones tales como la ejecución y aplicación de las leyes, servicios de readaptación social, pensión o seguro de desempleo o servicios de seguridad social, bienestar social, educación pública, capacitación pública, salud y protección a la infancia cuando se desempeñen de manera que no sea incompatible con este capítulo”.

³³ Según el artículo 1139 del TLCAN, “empresa de una parte significa una empresa constituida u organizada de conformidad con la ley de una parte [del TLCAN].”

Se utiliza un concepto amplio sobre las actividades que son cubiertas, en donde debemos entender que la inversión hecha en una de las partes, es para emprender actividades económicas de lucro.

Para el establecimiento de la inversión extranjera, la Ley de Inversión Extranjera limita las actividades en las que pueden invertir los extranjeros; a modo de ejemplo tenemos el artículo 6º de la Ley de Inversión Extranjera que establece las actividades que están reservadas de manera exclusiva a mexicanos o sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros. Sin embargo, una vez constituida la inversión en una empresa registrada y organizada conforme a las leyes vigentes en México, ésta se considera como empresa mexicana con las garantías que esto conlleva.

3.4.2. LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA DENTRO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON AMÉRICA DEL NORTE.

En materia de inversión, con base en el artículo 1110 del TLCAN se señala que no se puede nacionalizar, expropiar o adoptar alguna otra medida equivalente, a menos que se realice por causa de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias, con apego a la legalidad y mediante la indemnización. Siendo esta última equivalente a un valor justo de la inversión realizada. Si la expropiación misma afecta su valor, el pago deberá hacerse sin demora, en efectivo y con base en el artículo 1109 del TLCAN, permitir su transferencia al exterior.

Al igual que en la inmensa mayoría de los tratados comerciales, no está permitido en el TLCAN, la expropiación de inversiones, salvo cuando se cumplan ciertas condiciones. En este acuerdo las condiciones necesarias para efectuar las expropiaciones son que se realice con fines de utilidad pública,

de conformidad con el debido proceso legal y mediante pago de una indemnización

Como ya lo hemos definido, la expropiación es la limitación del derecho de la propiedad, por causa de utilidad pública. Este acto, tiene como consecuencia que la propiedad privada se convierta en nacional, previa indemnización.

Debido a que la expropiación ha sido siempre considerada como un riesgo para cualquier inversionista ya sea nacional o extranjero, dentro del tratado de libre comercio se regula esta situación.

Al respecto el artículo 1110 dice:

Artículo 1110. Expropiación y compensación

1. *Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:*
 - a. por causa de utilidad pública;*
 - b. sobre bases no discriminatorias;*
 - c. con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y*
 - d. mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.*

Así encontramos que los incisos a, b, c, y d nos señalan las condiciones para que se lleve a cabo dicha expropiación. A continuación se da una breve explicación sobre que consiste cada principio.

1. Utilidad pública y no-discriminación. En el Tratado de Libre Comercio se señala la primer disposición (utilidad pública), para realizar una expropiación por razones de "utilidad pública". Por lo analizado anteriormente entendemos como utilidad pública cuando existe un interés colectivo que justifique dicha expropiación y no una mera

motivación personal o individual. Entonces podemos decir que existiendo esta condición el Estado puede realizar esta medida expropiatoria. El Tratado de Libre Comercio también estipula que el Estado expropiante no debe discriminar al realizar una expropiación. Esas disposiciones reiteran el principio general de no discriminación que típicamente se incluye en tales acuerdos.

2. Principio de Legalidad y artículo 1105. Este principio se refiere a que debe haber un proceso legal y su revisión judicial correspondiente. Se menciona la revisión legal expresamente, para alegar el estándar que debe llevar dicho proceso. El artículo 1105 del TLCAN se refiere al nivel mínimo de trato es decir al trato acorde con el derecho internacional, que debe ser justo y equitativo, dando protección y seguridad plenas a los inversionistas, así como no dar un trato discriminatorio

3. Mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6. Dentro del Capítulo XI artículo 1110 del TLCAN se establece que si se llega a dar una expropiación ésta deberá pagarse sin demora y de manera efectiva, donde se deben incluir los intereses comerciales desde el primer día de la expropiación hasta el momento del pago. Este pago deberá realizarse en moneda de los Estados miembros del grupo de los 7: Alemania, Canadá, Estados Unidos de América, Francia, Japón, Reino Unido e Irlanda del Norte (Capítulo XI, artículo 1139 TLCAN). Si no es realizado de esta manera, la indemnización debe convertirse al día de pago, a la cotización de estas monedas en el mercado.

El valor de la indemnización o compensación, según los principios del TLCAN debe de ser de manera adecuada y justa. Determinándose esta de acuerdo al previo valor del mercado³⁴.

Así podemos observar que el término de expropiación dentro del Tratado de Libre Comercio, es más amplio que el definido por el Derecho Mexicano. Esto se afirma, porque podemos mencionar que en el tratado se va considerar como expropiación:

- Activos y Ganancias. La expropiación solamente considera los bienes inmuebles, pero en el marco del TLCAN se tienen que considerar los activos y las ganancias de las compañías. Dándole una ventaja al inversionista extranjero sobre el nacional, porque en nuestra legislación el concepto de expropiación no es así de amplio.
- Nacionalización. Se hace mención de la nacionalización, como parte de la expropiación. Esta postura es errónea porque la nacionalización y la expropiación son dos figuras diferentes, sin embargo, pienso que esta postura es solamente adoptada porque no se quería dejar sin protección a la inversión ante una medida como esta. Sin embargo, es erróneo igualar a la nacionalización con la expropiación. Porque en cuanto al procedimiento, la nacionalización se realiza en virtud de un texto constitucional, donde se establecen los bienes que no pueden ser objeto de propiedad privada o por medio de alguna ley fundamentada en dicha Constitución.³⁵ Esta Institución, niega el derecho de recurrir contra este acto. Este acto es producto de la soberanía del poder

³⁴ Valor establecido antes de realizarse dicha expropiación. Esto es porque muchas veces cuando se efectúan estas medidas el mercado sufre muchas veces una depreciación.

³⁵ Katzarov, Konstatin. Teoría de la Nación, Estado y Propiedad. Op. Cit. p.266.

ejecutivo. Si un mexicano se viera ante tal acto, no tendría manera de oponerse, pero en el marco del tratado dicho acto un inversionista extranjero lo puede combatir. Además, se rebaja el término nacionalización como si se tratara de un simple capricho por parte del ejecutivo que debe de ser compensado al inversionista. Cuando esta es una idea de las mas elevadas porque habla de la propiedad de la nación o el pueblo y que dicha propiedad solo puede ser utilizada por la sociedad. Y los particulares que hicieron uso, goce, disfruto de la propiedad de la nación. Deberían indemnizar al pueblo y no realizarse de manera contraria.

- Perdida Parcial. Si una parte del valor comercial de la inversión se pierde, se tendrá que adjudicar una compensación al inversionista.
- Expropiación indirecta. Al hablar de expropiación equivalente, se habla de una expropiación de manera indirecta, entendiéndose esto como toda política adoptada por el gobierno, que cause efectos similares al de la expropiación. Dichas medidas tendrán que ser compensadas. Esta es objeto de nuestro estudio y es analizada detalladamente en el siguiente punto.

Así se deja claro que cualquier medida, ya sean expropiaciones, nacionalizaciones,³⁶ o cualquier acto que se entienda como un acto

³⁶ La Nacionalización no se encuentra comprendida dentro de la Expropiación. La Expropiación tiene por objeto los derechos de propiedad sobre inmuebles y de manera excepcional los derechos sobre elementos no corporales o elementos muebles. La Nacionalización es una institución que se efectúa sobre empresas completas, no determina con precisión un objeto, y un particular. Es determinada por una idea en general, siendo impersonal. Esta es una institución jurídica del derecho material y la expropiación una figura procesal.

expropiatorio,³⁷ se considera como una expropiación indirecta en el TLCAN. El Estado solo puede seguir adelante si a alguna de estas medidas se les considera de utilidad pública y pague una indemnización, estas medidas se tendrán que hacerse sobre bases no discriminatorias conforme al artículo 1105 del TLCAN, y de acuerdo a los lineamientos del derecho internacional privado.

3.4.3. SECCIÓN B DEL TLCAN SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO.

Dentro del TLCAN se contemplan esquemas para dirimir las controversias, como lo contenido en el Capítulo XX, sin embargo dentro del Capítulo XI, se habla de un mecanismo para resolver las controversias entre inversionistas y Estado. Su objetivo fundamental es que los inversionistas accedan a la instancia del arbitraje internacional para hacer valer sus derechos.³⁸

Es importante señalar que dentro del Tratado de Libre Comercio se han dado las primeras experiencias en materia de arbitraje de controversias con inversionistas extranjeros dentro de un foro internacional. La Integración Económica ha hecho que los flujos comerciales sean cada vez más intensos y como es lógico, aumenta el número de conflictos entre Estados y particulares. Esto tiene como consecuencia que se creen foros y mecanismos adecuados para solucionar dichas controversias.

Anteriormente, existían una serie de restricciones jurídicas que hacían que el Estado Mexicano se negara a aceptar los mecanismos internacionales para solucionar dichas controversias. Pero con la Ley Sobre Celebración de Tratados publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de enero de

³⁷ Este punto es importante porque al término “como cualquier acto” es ambiguo y vago, dando pie a que el Estado caiga en una expropiación indirecta.

³⁸ Heftye Etienne Fernando. Op. Cit. p. 72.

1992, se justifico jurídicamente la participación en dichos mecanismos para solucionar las controversias.

En el artículo 8º de la Ley sobre la Celebración de Tratados se establece lo siguiente:

Cualquier tratado o acuerdo interinstitucional que contenga mecanismos internacionales para la solución de controversias legales en que sea parte, por un lado la federación, o personas físicas o morales mexicanas y, por el otro, gobiernos, personas físicas o morales extranjeros u organizaciones internacionales, deberá:

- I. Otorgar a los mexicanos y extranjeros que sean parte de la controversia el mismo trato conforme al principio de reciprocidad internacional*
- II. Asegurar a las partes la garantía de audiencia y el debido ejercicio de sus defensas; y*
- III. Garantizar que la composición de los órganos de decisión aseguren su imparcialidad.*

Por lo tanto, dicha ley permite que se establezca un mecanismo de solución de controversias para el TLCAN. Es importante señalar que no se debe confundir este mecanismo con el procedimiento general entre Estados establecido en el Capítulo XX, para la prevención y solución de controversias. Es el procedimiento Inversionista vs. Estado el que nos ocupa, establecido en la Sección B del Capítulo XI. En este mecanismo se asegura a los inversionistas un debido proceso ante un tribunal que sea imparcial.

Para que un inversionista de un Estado parte acuda al amparo de dicho artículo, debe haber sufrido pérdidas y daños por el incumplimiento del Estado donde se realiza la inversión, así como acreditar la existencia de los daños económicos ocasionados por dicho incumplimiento. El elemento de daño o pérdida debe existir para que se tenga acceso al mecanismo de solución.

Existen exclusiones de la aplicación del procedimiento arbitral, aplicables en los siguientes casos; en aspectos de seguridad nacional y las cuestiones anexas en el artículo 1138.2³⁹

Así también, se establece que antes de llegar al proceso de arbitral, las partes deben dirimir la controversia por medio de consulta y negociación, conforme a lo establecido en el artículo 1118 del tratado.

En dado caso de seguir con la reclamación y por lo tanto empezar el procedimiento arbitral, conforme al artículo 1120 del Capítulo XI del TLCAN regirá todo lo no establecido conforme a las reglas de:⁴⁰

- El Convenio del CIADI,⁴¹ cuando ambas partes en la controversia sean miembros de ésta;
- El Mecanismo Complementario del CIADI, cuando sólo una parte sea miembro; y
- Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI⁴², cuando ninguna parte sea miembro del CIADI.

Al igual que un arbitraje tradicional, los arbitrajes “inversionista vs. Estado”, constan de dos etapas; la de actuaciones escritas y de actuaciones orales. En la etapa escrita se presentan los escritos de demanda, contestación de los mismos, réplica y duplica, en la etapa oral se desahogan las audiencias

³⁹ Kaplan, Marcos, Regulación de Flujos en el Derecho Internacional, Op. Cit. pp. 97-99.

⁴⁰ Conforme al artículo 1120 del Capítulo XI.

⁴¹ Centro internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a la Inversión. Organización Internacional de carácter público, creado en 1965 uno de los objetos del convenio es fomentar las inversiones extranjeras privadas otorgando una mayor seguridad jurídica tanto al inversionista como al Estado receptor. Su objetivo es ser un foro neutral y autónomo que mantiene el equilibrio entre los intereses de los inversionistas y de los Estados para la resolución de conflictos en materia de inversiones.

⁴² Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

orales, en dichas audiencias se hace valer el derecho de cada una de las partes, así como el desahogo de pruebas testimoniales y periciales de las partes.

La reclamación considera sometida al arbitraje cuando la solicitud para formalizar el arbitraje y la notificación de la misma sea recibida por el Secretario General del CIADI.⁴³

No se puede iniciar un procedimiento de arbitraje si el inversionista no acepta las normas establecidas en la Sección B del Capítulo XI, renunciando a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante tribunales administrativos o judiciales del derecho interno y dicha renuncia deberá formularse por escrito y ser notificada al Estado contra el que se inicia la demanda e incluirse en la solicitud de arbitraje.

Al registrarse una solicitud, el Secretario General notifica a las partes del registro, y las partes deberán entonces hacer lo conducente para la constitución del Tribunal de Arbitraje.

El Tribunal de Arbitraje se constituye de conformidad con el acuerdo de las partes; de existir un acuerdo previo respecto al número de árbitros y al método de constitución del tribunal, éste es por lo general comunicado al centro desde la solicitud de arbitraje; si no se hiciese así, se puede hacer en cualquier momento después de la notificación del registro de la solicitud de arbitraje; de no existir un acuerdo entre las partes, el tribunal se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, que en este caso son

⁴³ De acuerdo con el artículo 36 del convenio, tanto el Estado contratante como un inversionista de un Estado contratante pueden iniciar un procedimiento de arbitraje mediante la presentación de una solicitud de mismo al secretario general del centro. En el caso particular del TLCAN, la solicitud de arbitraje debe de cubrir todos los requisitos señalados por el TLCAN y aquellos señalados en el mecanismo complementario.

tres, nombrados según lo acuerden las partes, en este acuerdo uno es elegido por cada parte y el tercero de común acuerdo y éste último es el que precisa el Tribunal, conforme a lo establecido en el artículo 1123 del Tratado de Libre Comercio con América del Norte.

CAPÍTULO 4. REPLANTEAMIENTO DEL CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA Y PLANTEAMIENTO DE OBLIGACIONES A INVERSIONISTAS EXTRANJEROS DENTRO DE LOS ACUERDOS COMERCIALES.

Dentro del nuevo manifiesto neoconservador del presente siglo, se ha pretendido incluir en los capítulos concernientes a la inversión, términos como el de la *expropiación indirecta*. Sabemos que los sistemas económicos son imperfectos y que los sistemas capitalistas impulsados por las empresas multinacionales depredadoras, buscan destrozarse todo lo que sea necesario para impulsar los medios imperiosos para enriquecerse sin importar la miseria que puedan implantar en los Estados. No todas las empresas son así, pero si una gran mayoría, y las que a veces creemos que lo son, pues no tienen nada que ver con este hecho. Microsoft es un ejemplo, dicha empresa es muy atacada pero hace grandes contribuciones a distintas causas en pro de la humanidad y la investigación.

No se pretende ser radical, como se le han denominado a todos los movimientos que se oponen al capitalismo depredador y devorador señalando las empresas que controlan las economías de los Estados o como el ex presidente Mexicano Dr. Ernesto Zedillo Ponce de León los nombró: Globalifóbicos. La globalización es toda una realidad, sin lugar a dudas, y se puede aprovechar para adoptar mejores tecnologías, crecimiento de la productividad, pero siempre debe haber cabida al comercio justo y humano. Con este trabajo, se pretenden señalar términos ventajosos y poner en evidencia la influencia de las trasnacionales en los sistemas nacionales, lo que es importante replantear el concepto de *expropiación indirecta* así como proponer el establecimiento de obligaciones para los inversionistas. En el TLCAN no se encuentra ninguna obligación para los inversionistas, esta afirmación es tajante porque cualquiera puede revisar el tratado y no

encontrara ninguna. Por lo que es indispensable plantear obligaciones y no solamente derechos.

4.1. CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA.

En el primer capítulo de éste trabajo de investigación, con los elementos de análisis, definimos a la expropiación indirecta de la siguiente manera:

“Es el conjunto de actos legislativos o administrativos, mediante los cuales el Estado interfiere con la propiedad y los Derechos de inversión causando daños a esta ya sea de manera directa o indirecta pudiendo el afectado pedir una compensación económica la cual será determinada en base a las expectativas de ganancia del inversor en relación con aquellas medidas que puede dictar el Estado”

El adjetivo *indirecto*, el diccionario de la Real Academia Española¹ lo define como “Que no va rectamente a un fin, aunque se encamine a él.”² Al no existir una precisión el término indirecto siempre será a interpretación del panel arbitral, partiendo de lo que es directo se supondrá lo que es indirecto, pero esto solo sería una interpretación vaga y artificial, solo nos dan el término de *expropiación indirecta* para que de alguna manera en una disputa ayude a determinar la causa de los perjuicios o daños a las inversiones.

La jurisprudencia internacional nos dice que la terminología de daños indirectos solo es aplicada en referencia a daños remotos o ajenos al hecho ilícito y que por lo general, el término es aplicado cuando a criterio del juez el examen de los hechos no permite trazar una vinculación cierta entre el hecho ilícito y el daño reclamado.³ Entonces el Derecho Internacional reconoce la existencia de la obligación de la reparación del daño consecuencia del acto u

¹ Consultado en: <http://buscon.rae.es/draeI/> (20 de marzo de 2007).

² Cuando se utiliza dicho adjetivo en una frase u oración.

³ Gómez-Robledo Verduzco Alonso, Revista Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México. en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/88/art/art7.htm> (23 de febrero de 2007).

omisión ilícitos, pero este concepto solo servirá para decir “hasta aquí se considera un daño de manera directa y a partir de aquí, indirecta” y solo fijará el límite de una responsabilidad, en una responsabilidad directa si es daño a las inversiones o una responsabilidad indirecta, si es de manera dolosa o imprudencial. Pero reiteramos, estaríamos hablando de responsabilidades, de daños, de perjuicios, pero no de expropiación, por lo que este concepto híbrido no tiene cabida dentro del Derecho, porque sus alcances son muy amplios, haciendo que prácticamente cualquier acto o circunstancia producida por el Estado que afecte a una inversión sea suficiente para argumentar que se han producido daños a las inversiones. Según como se emplee puede convertirse en un término correcto o incorrecto; dependiendo del empleo que se le dé, esto se puede convertir en un arma manipuladora y por el otro lado puede ser un término que defienda a una inversión ante un acto arbitrario de un gobernante o servidor público que por el simple hecho de tomar decisiones a nivel gubernamental quiera dañar a una determinada empresa.

4.1.1. CASOS DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON AMÉRICA DEL NORTE.

Dentro del marco del Tratado de Libre Comercio se han suscitado diversos casos Inversionista vs. Estado en los cuales el motivo de la *litis* es que se ha argumentado *expropiación indirecta* entre otras violaciones al tratado. Debido a que este término es muy amplio; por lo general, los inversionistas en sus avisos de intención y consecuentemente en sus demandas argumentan la violación al artículo 1110 del TLCAN, ya que por este medio pueden solicitar una compensación equivalente al valor justo del mercado de la inversión solicitando que los criterios de evaluación incluyan el valor del negocio en marcha, el valor de los libros, el valor fiscal, entre otros criterios para determinar el valor justo del mercado de sus inversiones afectadas o

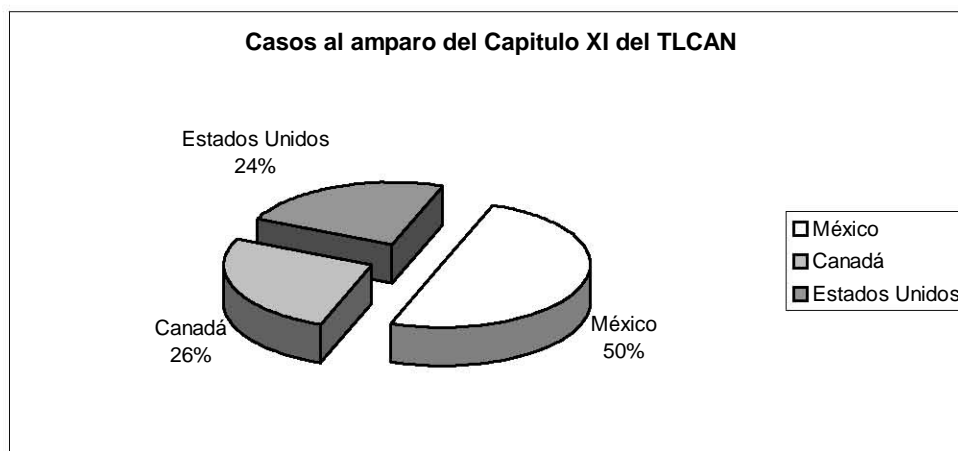
expropiadas indirectamente. En el siguiente cuadro podremos observar los casos donde se ha reclamado violación al 1110 del TLCAN.

Casos Inversionista Estado en el marco del TLCAN por expropiación Indirecta					
	Empresa o Inversionista	Sede	Indemnización reclamada US\$	Estado de Situación	Estado Demandado
1	Mondev (Canadiense)	CIADI	\$50 Millones	Rechazado	EU
2	Methanex (Canadiense)	CNUDMI	\$970 Millones	Pendiente	EU
3	Canfor (Canadá)	CNUDMI	\$250 Millones	Pendiente	EU
4	Glamis Gold LTD (Canadá)	CNUDMI	\$50 Millones	Pendiente	EU
5	Ethyl (EU)	CNUDMI	\$250 Millones	Laudo a favor de Ethyl por 13 Millones	Canadá
6	S.D. Myers (EU)	CNUDMI	\$20 Millones	Laudo a favor de Myers por 4.8 Millones pero se desestimo la demanda por expropiación	Canadá
7	Pope & Talbot (EU)	CNUDMI	\$381 Millones	P&T gano \$582 Mil dólares se desestimo la expropiación	Canada
8	Ketchum and Tysa investments (EU)	No hubo arbitraje	Sin dato.	Se desistió	Canadá
9	Signa (México)	No hubo arbitraje	\$40 Millones	Se sabe poco de este asunto	Canadá
10	Crompton (EU)	Solo esta la intención de demanda	\$100 Millones	Negociación	Canadá
11	Azinian (EU)	CIADI	\$19 millones	Rechazado	México
12	Feldman (EU)	CIADI	\$50 Millones	Karpa gana \$1.5 Millones	México
13	Metalclad (EU)	CIADI	\$90 Millones	Metalclad gana \$15.6 Millones	México

14	Calmark (EU)	Solo esta la intención de demanda	\$400 mil Dólares	Negociación	México
15	Corn Products (EU)	CIADI	\$325 Millones	Proceso	México
16	GAMI Investments (EU)	CNUDMI	\$55 Millones	Rechazado	México
17	Thunderbird Gaming (Canada)	CNUDMI	\$100 Millones	Rachazado	México
18	Robert J Frank (EU)	CNUDMI	\$1.5 Millones	Pendiente	México
19	Lomas de Santa Fe	Solo esta la Intención de demanda	\$210 Millones	Pendiente	México
20	Fbayview Irrigation (EU)	Solo esta la Intención de demanda	\$550 Millones	Pendiente	México
21	Waste Management (EU)	CIADI	\$60 Millones	Rechazado	México

*Fuente: Capítulo 11 del TLCAN y los litigios de inversionistas contra Estados. Public Citizen's Global Trade Watch. 2005 en <http://www.tradewatch.org/espanol> y Secretaría de Economía <http://www.economia.gob.mx/index.jsp?P=2259&NLang=en> Las ceses de arbitraje en lo referente al Capítulo 11 del TLCAN son el Centro Internacional para el arreglo a la diferencias relativas a inversiones del Banco Mundial (CIADI) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

se maneja que la cifra total, de casos dentro del tratado al amparo del Capítulo XI, es de aproximadamente 42 casos, 34 son del dominio público el resto ignorados. En 21 casos se hace la reclamación por expropiación indirecta, esto significa que los inversionistas extranjeros atacan las políticas publicas de los Estados, así como su actividad legislativa tanto en el ámbito federal como estatal. México tiene 17 demandas; de estas en 11 se hace la reclamación a la violación del artículo 1110 del TLCAN, como se observa en las siguiente gráfica:



Gráfica 1. Casos al amparo del Capítulo XI del TLCAN.

Es muy comprensible que un inversionista demande esta violación porque dentro del mismo artículo se habla de compensaciones monetarias. Se puede observar que al otorgarse amplios privilegios a las inversiones extranjeras, aunado a que el ámbito jurídico de aplicación excluye a los sistemas nacionales, es consecuencia natural que en casi todas las demandas se haga este tipo de reclamación. Esto es muy lógico ya que en el derecho local, una denuncia por expropiación indirecta sería desechada, ya que no tienen nada que ver con los conceptos clásicos de expropiación o nacionalización, y en el tratado este concepto abarca lo que se denomina como “regulaciones expropiatorias”⁴ no tienen barreras sustantivas que impidan buscar una indemnización, como se puede observar en el siguiente resumen de cada uno de los casos.⁵

1. *Caso Mondev. vs. Estados Unidos de América. (Mondev International LTD vs. United States of America) Case No. ARB(AF)/99/2, 1 de Septiembre de 1999.*

⁴ Capítulo XI del TLCAN y los litigios de inversionistas contra Estados. Public Citizen’s Global Trade Watch. 2005 en <http://www.tradewatch.org/espanol> visitado el día 1 de junio de 2007.

⁵ Consultados en <http://www.economia.gob.mx/index.jsp?P=2259> el día 10 de septiembre de 2005.

Antecedentes: Esta empresa de origen Canadiense se dedica al desarrollo inmobiliario, impugna las acciones de la ciudad de Boston en disputa contractual inmobiliaria. Previamente la Suprema Corte del Estado de Massachussets en los EU, le había denegado una indemnización a la empresa, ya que las acciones propiedad de la ciudad están protegidas por el principio de inmunidad soberana.

Desarrollo y conclusión: En el 2002 la demanda fue rechazada por el principio de extra temporalidad. Esto es, que esta controversia se había suscitado desde antes de la entrada en vigor del TLCAN, lo dictaminado previamente por la corte del Estado de Massachussets era válido.

2. *Caso Methanex vs. Estados Unidos de América.*⁶ Diciembre de 1999.

Antecedentes: Esta empresa produce metanol, un componente para los aditivos de la gasolina para autos, la Agencia de Protección Ambiental del Estado de California EU, informó que había muchos riesgos cancerígenos potenciales y que se encontró una severa contaminación en el agua potable debido a esa sustancia, por lo que el Gobierno de California prohibió ese aditivo basado en el metanol.

Desarrollo: Por esta razón *Methanex* (que es el productor del metanol), demandó al gobierno de los EU porque esta medida afectaba sus inversiones, sosteniendo que el precio de sus acciones cayeron estrepitosamente y se afectaron sus ganancias tanto presentes como futuras, y esta acción del Estado de California se equiparaba a una *expropiación indirecta*; alegando ésta y otras violaciones al TLCAN. La empresa razona que la sustancia que contamina el ambiente es el aditivo MTBE y no el

⁶ Consultado en <http://www.state.gov/documents/organization/51052.pdf> el día 12 de junio de 2007.

metanol producto que produce. Que el aditivo, contiene metanol, pero que no es por esta sustancia el daño a la ecología. Por lo que al calificar a su empresa dentro de la prohibición era una medida que perjudicaba a *Methanex*, y exigen el pago de una indemnización.

Resolución: Sin laudo a la fecha. El laudo que se llegue a dictar va ser muy importante porque se puede definir el rumbo de las acciones que podrían tomar otras corporaciones cuando enfrenten leyes del medio ambiente que entorpecen sus negocios. Si el laudo es a favor de *Methanex* muchas organizaciones ambientales podrían forzar a los Estados miembros para cambiar el tratado.

3. *Caso Canfor vs Estados Unidos de America.*⁷ 9 de Julio de 2002.

Antecedentes: Esta empresa Canadiense, reclama una serie de daños y perjuicios por las medidas antidumping y los aranceles aplicados a las importaciones de las maderas blandas canadienses. Dichos aranceles fueron fijados por EU en mayo de 2002, y al establecerlos *Canfor* arguye que estas medidas perjudican los beneficios de su inversión en los Estados Unidos, además de que sus productos no se pueden comercializar porque al gravarlos con ese impuesto no pueden competir con los productos estadounidenses.

Desarrollo: Fundamentan la exigencia de una compensación invocando al artículo 1110 del TLCAN al equiparar estas disposiciones como expropiación indirecta y como tal exigir una compensación económica.

⁷ Aviso de intención consultado en: http://www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/Controversias/Casos_eua/Canfor/canfor.html

Resolución: Este caso está pendiente sin que se haya resuelto hasta el momento.

4. *Caso Glamis Gold vs. Estados Unidos de América.*⁸ 9 de Diciembre de 2003.

Antecedentes: Esta reclamación es a causa de que el gobierno de los EU (California) le retiró la concesión de explotación de las minas a dicha compañía porque dañaban severamente el sitio sagrado de la tribu india de Quechan, importante sitio cultural y religioso. El Gobierno de California en su legislación exige el relleno y restauración de las minas que se explotan y la reparación de los daños en los sitios sagrados de los nativos del territorio estadounidense. Esta empresa canadiense que se dedica a la explotación y exploración de minas de metales preciosos al incumplir esta disposición se le exigió el retiro de estas minas.

Desarrollo: La empresa reclama una expropiación directa al retirarlos de las minas e indirecta por que con la regulación se afecto su inversión y ganancias.

Resolución: Este caso esta en estado de pendiente.

5. *Caso Ethyl Corporation vs. Canadá*⁹. 14 de Abril 1997.

Antecedentes: Este caso es uno de los más importantes, y relevante en la historia del arbitraje en el TLCAN. La empresa *Ethyl Corporation* produce

⁸ Notificación de intención Consultada en http://www.economia.gob.mx/work/snci/negociaciones/Controversias/Casos_eua/Glamis/glamis.html (23 de Febrero de 2007).

⁹ Aviso de intención, Notificación de Reclamación consultados en [:http://www.economia.gob.mx/work/snci/negociaciones/Controversias/Casos_canada/Ethyl/ethyl.html](http://www.economia.gob.mx/work/snci/negociaciones/Controversias/Casos_canada/Ethyl/ethyl.html) (23 de Febrero de 2007).

productos químicos y desarrolló un aditivo para gasolina denominado MMT, este producto fue prohibido en los Estados Unidos de América ya que producía daños cerebrales al momento de hacer combustión la gasolina con dicho aditivo y emanar por el escape de los automóviles. El Gobierno de Canadá, empezó a legislar en materia de componentes de la gasolina y basándose en los antecedentes de dicho aditivo, en 1997 se lanzó una prohibición a las importaciones y transporte interprovincial de MMT.

Desarrollo: Ethyl notificó una reclamación al gobierno de Canadá al amparo del Capítulo XI del TLCAN donde señalaban que si este gobierno introducía restricciones al uso del aditivo reclamaría una compensación económica. Después *Ethyl* interpuso su demanda ante la CNUDMI, argumentando que al entrar en vigor el TLCAN sus inversiones habían adquirido nuevos derechos, fundamentándolo en el artículo 1110 del TLCAN, y que las medidas regulatorias del gobierno equivalían a una expropiación indirecta de sus activos. También expuso que violaban el principio contemplado en el artículo 1102 de trato nacional y el 1106 de requisitos de desempeño.

Resolución: El Gobierno de Canadá se dio cuenta que tenía muy pocas posibilidades de ganar el caso así que mejor negoció un arreglo por 13 millones de dólares y retiró la prohibición a dicho aditivo.

6. Caso *S. D. Myers vs. Canadá*.¹⁰ 30 de Octubre 1998.

Antecedentes: Durante 1995 y 1997 Canadá decidió emitir medidas de regulación para el tratamiento de desechos de conformidad con un acuerdo

¹⁰ Documentos referentes al caso consultados en: http://www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/Controversias/Casos_canada/Myers/myers.htm (23 de Febrero de 2007).

multilateral sobre comercio de desechos tóxicos¹¹. Esta empresa estadounidense se encargaba de dar un tratamiento a los transformadores eléctricos con un tóxico denominado PCB. El Estado canadiense prohibió la exportación de desechos de PCB desde Canadá.

Desarrollo: Myers hizo un reclamo por supuestas pérdidas económicas debidas a la prohibición al amparo del Capítulo XI del TLCAN y reclamando una expropiación Indirecta.

Resolución: En noviembre del año 2000 el tribunal desestima la demanda de Myers por expropiación, pero declaró que la prohibición contravenía, en efecto, al Capítulo de Inversiones del TLCAN en lo que se refiere al trato de nacionales y a las normas mínimas del trato de inversionistas extranjeros, ganando Myers 4.8 Millones de dólares. Canadá ha presentado una demanda de amparo ante la corte federal canadiense para protegerse de la determinación del tribunal, argumentando, entre otras razones, que la determinación está en conflicto con una política establecida en Canadá que requiere que el desembarazarse del PCB y de los desechos de PCB conforme a lo acordado en la Convención de Desechos.

7. *Caso Pope & Talbot. vs. Canadá. 31 de Abril de 2002.* ¹²

Antecedentes: En 1996 se firma un acuerdo sobre las maderas blandas entre los Estados Unidos de América y Canadá. Esta compañía estadounidense impugna dicho acuerdo y hace la reclamación por violación a los artículos 1102¹³, 1105¹⁴, 1106¹⁵ y 1110 del TLCAN, alegando daños y perjuicios por

¹¹ Convención de Basilea que regula estrictamente el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos.

¹² Pope & Talbot Inc. vs. Canadá. CIADI Caso núm. ARB(AF) abril 31, 2002.

¹³ Trato nacional

¹⁴ Nivel mínimo de trato

¹⁵ Trato de nación más favorecida

las medidas antidumping y los aranceles aplicados a las importaciones de las maderas blandas.

Desarrollo: El tribunal desestima la demanda por expropiación y discriminación, pero hace válida la reclamación de la conducta ofensiva de los funcionarios gubernamentales canadienses al momento de verificar que la empresa estuviera cumpliendo el acuerdo. Por lo que se violaba el nivel mínimo de trato exigido para los inversionistas extranjeros estipulado en el TLCAN.

Resolución: Se ordena que Canadá pague 582 mil dólares.

8. *Ketchum and Tysa Investments vs Canadá.*¹⁶

Este caso no trascendió ya que a pesar de haber notificado su aviso intención al gobierno de Canadá, decidieron desistirse al ver el poco éxito que tuvo la demanda de *Pope* ya que esta empresa tenía el propósito de sustentar su demanda impugnando el acuerdo sobre maderas blandas.

9. *Caso Signa vs. Canadá.*¹⁷ 4 de marzo 1996.

Antecedentes: La primera y única incursión de una empresa mexicana reclamando violaciones al Capítulo de Inversiones del TLCAN, demandando al Estado Canadiense. *Signa* al ser un fabricante de productos farmacéuticos se ve afectada por la ley canadiense que prohíbe la fabricación de un equivalente genérico de un antibiótico denominado CIPRO.

¹⁶ Aviso de intención para presentar una reclamación a arbitraje consultado en: http://www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/Controversias/Casos_canada/Ketcham/ketcham.html (23 de Febrero de 2007).

¹⁷ Aviso de intención para presentar una reclamación a arbitraje consultado en: http://www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/Controversias/Casos_canada/Signa/signa.html (23 de febrero de 2007).

Desarrollo y Resolución: Alegando que habían perdido cerca de 25 millones de dólares a partir de la prohibición, notificaron el Aviso de intención al gobierno Canadiense, nunca se inicio el arbitraje y se sabe muy poco del asunto.

10. *Caso Crompton vs. Canadá.*¹⁸ Noviembre 6 de 2001.

Antecedentes: Esta empresa Química de los Estados Unidos de América produce un plaguicida denominado *lindano*, que se ha comprobado que es muy peligroso para la salud y el medio ambiente. Canadá en los acuerdos de protección al medio ambiente que ha suscrito se compromete a restringir la producción del tóxico.

Desarrollo: Esta empresa impugna el acuerdo y exige una compensación económica por que se han visto afectadas sus inversiones debido a las restricciones impuestas, alegando que ha sufrido de expropiación indirecta. El arbitraje todavía no ha comenzado.

11. *Robert Azinian vs. Estados Unidos Mexicanos. Caso CIADI No. ARB(AF)/97/02. Febrero de 1997.*

Antecedentes: Este es el caso más descarado de todos los arbitrajes que se han realizado. Esta controversia se dio a partir de que el municipio de Naucalpan de Juárez del Estado de México otorgó una concesión para el tratamiento de desechos sólidos a la empresa DESONA, dicha empresa constituida por capitales de los ciudadanos estadounidenses Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca; El gobierno del Estado de México revoco dicha concesión ya que esta empresa no cumplía con lo convenido y solo

¹⁸ Aviso de intención consultado en: http://www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/Controversias/Casos_canada/Crompton/crompton.html (23 de febrero de 2007).

operaba con cinco camiones recolectores de basura para todo Naucalpan, incumpliendo lo estipulado en el contrato.

Así, esta empresa inició un proceso ante las autoridades de México que finalmente perdieron. Estos personajes se habían presentado ante el gobierno del municipio como una gran empresa con mucho prestigio en cuanto al tratamiento de desechos. Lo que pretendían era empezar un proyecto piloto para después con el pago de los anticipos ir operando su empresa y ampliándola. Pero al Municipio nunca le notificaron que pretendían lo anterior, con el propósito de cobrar como una empresa consolidada y operar con algunos camiones de tecnología de punta y los demás con los camiones de uso cotidiano, dando un servicio muy diferente al que se habían comprometido.

Desarrollo: Como fue revocado su contrato demandaron al gobierno mexicano por que se vieron afectadas sus inversiones ya que alegaron que fue una “injusta” revocación de su contrato, violando los artículos 1110 del TLCAN.

Resolución: La demanda fue denegada en el arbitraje debido a que el panel dictamina que estas personas entregaron documentación falsa y fraudulenta respecto a su experiencia y capacidad para cumplir con el contrato. Avalando la decisión de los juzgados mexicanos y no se sostuvo la demanda por expropiación y trato injusto.

12. Marvin Roy Feldman Karpa c. los Estados Unidos Mexicanos Caso CIADI No. ARB(AF)/99/01. Enero de 1999.

Antecedentes: Esta controversia surge sobre la exportación de productos tabacaleros de CEMSA bajo el control del Sr. Roy Feldman. Ellos exigían a la

Secretaría de Hacienda y Crédito Público la devolución de impuestos ya que la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios (IEPS) graba la producción y venta de cigarros en México a los exportadores, pero se aplica una tasa cero a los cigarros producidos en México. Esta empresa alega que Carlos Slim se veía perjudicado por las exportaciones de CEMSA y el gobierno aprobó una legislación que impedía la devolución de los impuestos a los exportadores de Cigarros; y a empresas como la de Slim (CIGATEM), que son productoras de cigarros la aplicación de una tasa cero. Por lo que esta ley no se aplicaba con igualdad entre nacionales y extranjeros, además de que a las empresas mexicanas también exportadoras o revendedoras les hacían la devolución y aplicación de dicha tasa. Por lo que había un trato discriminatorio hacia CEMSA, y en cuanto a la expropiación indirecta alegaban que habían sido privados en forma total y permanente de los posibles beneficios económicos derivados de la actividad de exportación de cigarros.

Desarrollo: Al amparo del Capítulo XI hacen la reclamación por expropiación, pero esta fue desechada. Pero se sostuvo la demanda por discriminación ya que el gobierno mexicano no presenta evidencias de que CEMSA había sido tratada igual que las otras empresas mexicanas.

Resolución: El tribunal llega a la conclusión que aunque no hubo expropiación si hubo discriminación al hacerle la devolución a otros exportadores mexicanos, y a CEMSA no. Por lo que el gobierno mexicano fue obligado a pagar 1.5 millones de dólares.

13. Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos Caso CIADI No. ARB(AF)/97/01. Enero de 1997.

Antecedentes: Esta empresa estadounidense demanda al Estado Mexicano de San Luís Potosí, ya que el gobierno del Estado había autorizado la

construcción de un vertedero de desechos tóxicos en el Municipio de Guadalcazar y tras una intensa movilización ciudadana se le denegó dicha autorización, ya que este vertedero hubiera causado serios daños al ecosistema y a la salud y después fue declarada la zona como reserva ecológica.

Desarrollo: *Metalclad* inicio su reclamación alegando que al declarar el sitio como reserva ecológica le ocasionó la pérdida de su inversión y futuras ganancias y que las medidas adoptadas por el gobierno equivalían a una expropiación indirecta, por lo que inician el procedimiento contra el gobierno mexicano.

Resolución: En agosto del 2000 el panel determina que efectivamente se contravinieron las estipulaciones al Capítulo de Inversiones y otorga a *Metalclad* la suma de 416.5 millones de dólares. Esta victoria estableció precedente de que el mecanismo de solución de disputas del TLCAN puede utilizarse a un nivel estatal e incluso municipal.

14. Caso *Calmark vs. Estados Unidos Mexicanos*.¹⁹

Antecedentes: Esta empresa estadounidense impugna varias decisiones de los juzgados mexicanos referidas a los proyectos de desarrollo urbanístico de Cabo San Lucas, fueron engañados por un conjunto de individuos que privaron a la empresa de sus propiedades e indemnizaciones, ellos alegan que hubo denegación de justicia por parte del Estado Mexicano y que las medidas del sistema judicial mexicano constituyeron una *medida equivalente a la expropiación o expropiación indirecta*, ya que la justicia mexicana no

¹⁹ Aviso de intención consultado en: http://www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/Controversias/Casos_Mexico/Calmark/Calmark.htm

cumple con las expectativas de la comunidad de negocios internacionales al denegarles la justicia y eso afectó a sus ganancias e inversiones.

Desarrollo: El arbitraje aun no ha comenzado y solamente han establecido su intención de demandar al Estado Mexicano mediante el aviso.

15. *Caso Corn Products vs. Estados Unidos Mexicanos.*²⁰ 21 Octubre 2003.

Antecedentes: Esta gigantesca empresa estadounidense de agro negocios, produce un maíz rico en fructosa (HFCS) utilizado como sustituto del azúcar en la elaboración de bebidas gaseosas,

Desarrollo: Su reclamación consistía en alegar violaciones a las disposiciones del TLCAN por la imposición del gobierno mexicano de un impuesto discriminatorio a la fructosa y contra las exportaciones de HFCS a México. Y por lo tanto estas medidas equivalían a una expropiación indirecta basándose en el artículo 1110 del TLCAN. Este caso sigue en proceso.

16. *GAMI. Investments vs. Estados Unidos Mexicanos.*²¹ 9 de abril del 2002.

Antecedentes: Con sede en las Vegas, esta empresa es accionista minoritario del Grupo Azucarero México (Grupo GAM) y en el años 2001 el Gobierno de México adopta una medida que sería la expropiación de los ingenios azucareros.

²⁰ Corn Products International, Inc. (CPI) c. los Estados Unidos Mexicanos Caso CIADI No.ARB(AF)/04/01) y Archer Daniels Midland Co. y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. (Caso CIADI No. ARB(AF)/04/05).

²¹ Documentos consultado en: http://www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/Controversias/Casos_Mexico/Gami/Gami.htm el día 12 de junio de 2007.

Desarrollo: Esta empresa presentó su demanda contra México ya que las decisiones regulatorias, acciones y omisiones del gobierno de México determinaron tres años de pérdidas en esa empresa durante los últimos años de la década de los noventa equivaliendo esto a una expropiación indirecta y por la expropiación directa de los ingenios azucareros en el 2001. Alega que el gobierno fracasó en implementar adecuadamente este régimen normativo y adoptó otras medidas que perjudicaron la inversión de GAMI, que incluyen: 1) el aumento del precio que los ingenios debían pagar a los productores por la caña de azúcar independientemente del precio del mercado; 2) no aplicó los requisitos de exportación para la producción excedente de manera equitativa en todos los ingenios; 3) no determinó el nivel de producción base en cada ingenio oportunamente y en forma transparente, lo que hubiera permitido el cumplimiento de las disposiciones respecto de la exportación; y 4) discriminó a GAM cuando se realizó la reestructuración de la deuda de GAM. El inversionista alega que todas estas acciones violan el Artículo 1102 del TLCAN (trato nacional), el artículo 1105 (trato justo y equitativo) y el artículo 1110 (expropiación).

Resolución: La Suprema Corte de Justicia Mexicana tomó la decisión de revertir las expropiaciones por lo que después fue desechada la demanda ante el tribunal del TLCAN.

17. Caso Thunderbird Gaming vs. Estados Unidos Mexicanos²².

Antecedentes: En México la mayoría de los juegos de azar que involucren apuestas se encuentran prohibidos y son ilícitos. Esta empresa estadounidense operaba en Baja California Norte tres locales de apuestas por medio de video y fue confiscada una propiedad de recreo que supuestamente es suya.

²² Documentos consultados en: http://www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/Controversias/Casos_Mexico/Thunderbird/Thunderbird.htm el día 12 de junio de 2007.

Desarrollo: Exigen, al amparo del Capítulo de Inversiones del tratado, el pago de una compensación ya que la Secretaría de Gobernación previamente les había dado anteriormente el visto bueno. Fundamentan el pago de la compensación con el artículo 1110 del TLCAN alegando que hubo una *expropiación indirecta* ya que con las medidas que adoptó el gobierno al clausurar sus locales se le impedía el uso de su propiedad y obstaculizan el obtener ganancias, por lo que reclaman una indemnización por dichos actos.

Resolución: Este caso fue rechazado por el panel arbitral debido a que en México se encuentra prohibida toda actividad de juegos de azar y por lo tanto las actividades de Thunderbird eran ilícitas.

18. *Caso Robert J. Frank vs. Estados Unidos Mexicanos.*²³ 5 de Agosto 2002.

Antecedentes: Este Ciudadano de los Estados Unidos de América alega que invirtió en una propiedad al sur de Baja California en México, que da a una playa en el océano pacífico, y que después “anexó una playa” a su propiedad con el consentimiento de las autoridades mexicanas. Por lo que procedió a bordearla y ponerle maya ciclónica a sus alrededores porque “su playa” era ya propiedad privada. Después con el paso de los años invirtió miles de dólares en lo que consideraba su propiedad.

Desarrollo: El gobierno federal después le retiró los derechos sobre “su playa” y reclama ahora una indemnización por expropiación a sus inversiones. (Con relación al artículo 27 fracción I Constitucional).

19. *Caso Lomas de Santa Fe vs. Estados Unidos Mexicanos.*²⁴ 28 de Agosto de 2001.

²³ Notificación de reclamación consultada en: http://www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/Controversias/Casos_Mexico/Robert_Frank/Robert_frank.htm el día 12 de Junio de 2007.

Antecedentes: Este caso es referente al predio ubicado en el Distrito Federal conocido como “El Encino”. Un nuevo “dueño” reclama haber sido discriminado por el gobierno de la ciudad y sufrir la expropiación de terrenos destinados como centros urbanos para personas de alto poder adquisitivo. Todavía no ha comenzado el arbitraje respecto a este asunto.

*20. Caso Fbayview Irrigation vs. Estados Unidos Mexicanos.*²⁵ 27 agosto 2004.

Antecedentes: Un conjunto de ciudadanos de los Estados Unidos de América reclama a México no haber aplicado el Tratado de 1944 referente al Derecho de Agua compartida del Río Bravo. Y que ellos tienen derechos sobre un porcentaje de agua que el gobierno mexicano de manera indirecta confiscó y reclaman el pago de una compensación económica. Este arbitraje no ha comenzado.

*21. Caso Waste Management vs. Estados Unidos Mexicanos.*²⁶ Marzo del 2000.

Antecedentes: El gobierno mexicano otorgó una concesión a la empresa Waste Management para que recolectara la basura en el área turística de Acapulco, construyera un relleno sanitario y efectuara la clausura de los tiraderos a cielo abierto de esa ciudad. Cuando se le retiró la concesión, la empresa procedió a demandar daños y perjuicios, primero al Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos (BANOBRAS), ante tribunales nacionales; después al ayuntamiento de Acapulco, con el que abrió un proceso de

²⁴ Notificación de reclamación consultada en: http://www.economia.gob.mx/work/snci/negociaciones/Controversias/Casos_Mexico/Santa_fe/Santa_fe.htm 12 de Junio de 2007.

²⁵ Documentos referentes al caso consultados en: http://www.economia.gob.mx/work/snci/negociaciones/Controversias/Casos_Mexico/Marzulla/Marzulla.html el día 12 de Junio de 2007.

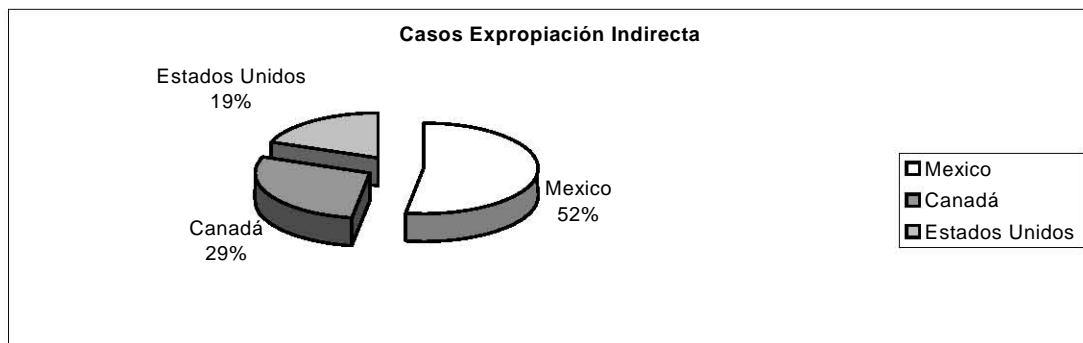
²⁶ Waste Management Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos Caso CIADI No. ARB(AF)/00/03.

arbitraje doméstico por supuesto incumplimiento en las cláusulas de concesión.

Desarrollo: Sin embargo, perdió la primera demanda y se desistió de la segunda. El TLC establece, sin embargo, que se requiere que los inversionistas extranjeros renuncien a iniciar o continuar todo procedimiento ante algún tribunal administrativo nacional en cualquiera de los tres países, antes de presentar reclamación al amparo del Capítulo XI del Tratado.

Resolución: El Tribunal determinó que, pese a que el texto del acuerdo es claro y no deja lugar a dudas respecto de la renuncia que los inversionistas deben hacer, la empresa citada continuó litigando activamente en contra de BANOBRAS hasta agotar instancias. Insistiendo su demanda en contra de otras dependencias del gobierno mexicano, el tribunal resolvió que carece de jurisdicción para la controversia planteada; además, México no reconoció nunca que haya existido una violación a las disposiciones del Capítulo XI del acuerdo comercial. Se condenó a la parte demandante al pago de los costos del proceso, no obstante que no se pronunció sobre la reclamación del fondo.

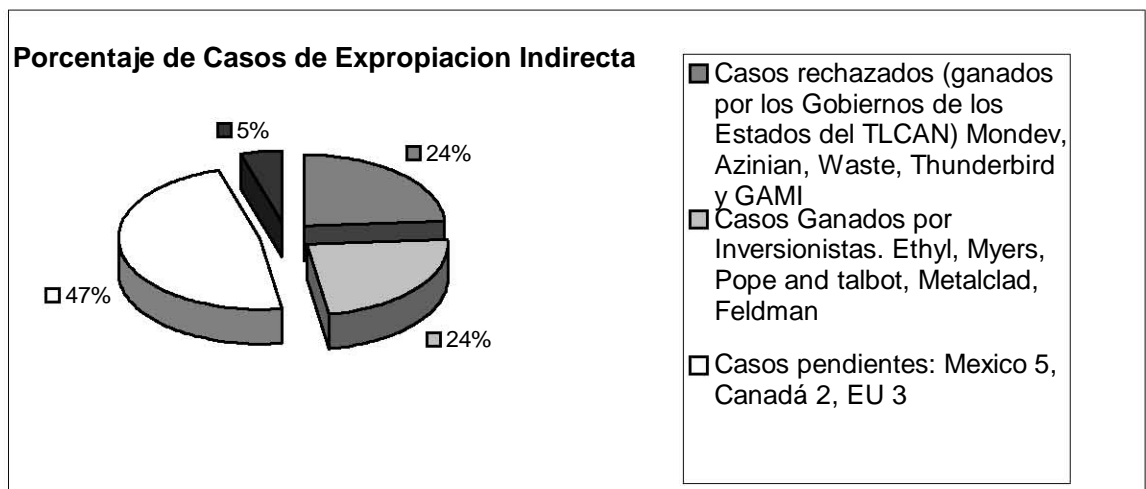
En la siguiente gráfica podemos observar que la mayoría de los casos han sido contra nuestro país.



Gráfica 2. Porcentaje de casos de Expropiación Indirecta por Estado.

Esto se debe, como lo podemos interpretar por la lectura de estas breves reseñas a que México no está preparado para firmar un acuerdo comercial de esta naturaleza, debido a que nuestras legislaciones aun no han sido perfeccionadas lo suficiente y tienen muchas lagunas por lo que a partir de la entrada en vigor del TLCAN conforme se ha legislado en nuevas materias, los inversionistas que se ven afectados por estas reformas alegan una violación de sus derechos de inversiones al amparo del Capítulo XI del TLCAN. Por otro lado nuestra legislación se contrapone a muchos de los conceptos contenidos en dicho tratado.

Aun quedan muchos casos pendientes (casi la mitad), y han sido ganados en la misma cantidad los casos tanto por los inversionistas como por los Estados y solo un inversionista se ha desistido; quedando de la siguiente manera los porcentajes:



Gráfica 3. Comparación en porcentaje de casos ganados, perdidos, pendientes y desistidos.

Al hacer este análisis, nos damos cuenta que muchos inversionistas al ver que se encuentran afectadas sus propiedades, al amparo del artículo 1110 interponen en los tribunales la demanda para saber si conceden la compensación por la afectación de las mismas.

4.1.2. ANÁLISIS DEL CRITERIO ARBITRAL EN LOS LAUDOS DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA.

Aunque muy pocos asuntos han llegado a su conclusión y la mayoría se encuentran pendientes, es importante hacer un análisis de los criterios arbitrales argumentados en las reclamaciones por expropiación indirecta. En varios casos, los tribunales no han dirimido este punto, puesto que en algunos casos que han sido rechazados no se ha llegado a analizar el fondo de la cuestión y tampoco han dirimido de forma tajante los alcances del concepto. Como observamos en la gráfica número 3, entre los casos ganados por los Estados encontramos: El caso *Mondev*, *Azinian*, *Waste*, *Thunderbird* y *GAMI*. Mientras los que se gana la reclamación son los casos: *Ethyl*, *Myers*, *Pope and Talbot*, *Metalclad* y *Feldman*. En algunos casos, se ha desechado el concepto de expropiación, pero no las demás reclamaciones. Por lo que sólo analizaremos aquellos donde se ha hecho el análisis del concepto de *expropiación indirecta* por parte del panel arbitral en los casos ganados por los Estados, en el caso *Mondev*, la demanda fue desechada por la extratemporalidad de la misma, en el asunto *Waste* se ganó porque el inversionista no renunció al derecho mexicano tal como lo estipula el tratado y por eso no procedió su demanda y en el caso de *GAMI* la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que se debían revertir las expropiaciones y por lo tanto el tribunal desecho la demanda. Por parte de los casos ganados por los inversionistas en el caso *Ethyl* se llegó a un arreglo.

Por lo tanto, analizaremos el criterio arbitral en los asuntos *Azinian*, *Thunderbird*, *Myers*, *Pope and Talbot*, *Metalclad* y *Feldman*, clasificando nuevamente estos últimos casos, tendremos aquellos donde fue desechada la reclamación por *expropiación indirecta* (*Myers*, *Pope and Talbot*, *Feldman*, *Thunderbird*) y donde se concedió (*Metalclad*). El caso *Azinian* fue desechado porque se llegó a la conclusión que era un fraude.

1. *Laudo Myers*. El tribunal se pronuncia a favor de Myers pero desechó las reclamaciones hechas por expropiación indirecta. En este caso, el tribunal manifestó su preocupación por parte de las críticas de muchos académicos sobre los alcances del concepto de *expropiación indirecta*. Preocupación que consiste en que los gobiernos por no caer en una responsabilidad ante las inversiones dejen a un lado regulaciones a favor de la salud, seguridad, ambiente y de la justicia social adoptando una postura de “dejar pasar”.

En la opinión disidente, se señala que para determinar categóricamente al que se puede encuadrar como *expropiación indirecta* se recurrirá al contexto, analizando la sustancia y la forma; ya que puede haber casos donde una medida equiparable a una expropiación se presente y otros casos donde se trate de una expropiación o nacionalización. Pero que una regulación por parte de la autoridad pública no será tema de una queja legítima bajo el artículo 1110 del TLCAN, pero sí legítima ante cualquier otro capítulo del mismo, ya que regulación y expropiación son términos diferentes de acuerdo al precepto establecido en la Convención de Viena sobre la Ley de los Tratados, donde se establece que la disposición de un tratado debe ser interpretada de acuerdo a su significado ordinario, quedando a criterio de los árbitros determinar si la conducta de un gobierno es en sustancia una expropiación o no.

También el panel arbitral hace una dura crítica contra los opositores del tratado, ya que señala que los “*framers*” u opositores al tratado en comento, exageran en el sentido de que el artículo 1110 no daña lo referente al bienestar social ya que se firman acuerdos paralelos en materia ambiental y en otras ramas, por lo que no hay que temer, en proteger a las inversiones aún de medidas sutiles o indirectas, considerando no solo las explicaciones oficiales sino analizar las intenciones verdaderas que tiene un gobierno y que

a veces hay medidas progresivas que una no podría ser considerada como expropiación, sino que en su conjunto estas podrían encuadrar perfectamente en esta definición.²⁷

El razonamiento que el tribunal hizo para desechar la pretensión de Myers de reclamar una “expropiación Indirecta” es que, la prohibición no podía ser calificadas como expropiación. Ya que analizando el contexto una expropiación es un retiro duradero de la capacidad del dueño de hacer uso de sus derechos económicos y estos fueron dañados temporalmente ya que sólo afectaban a sus exportaciones y por esa naturaleza temporal de debilitación de la inversión no se podía equiparar a una expropiación.

A pesar de que en un sentido estricto, las medidas no se equipararon a una expropiación si hubo una afectación al patrimonio de Myers ya que al regular la importación de desechos hubo medidas discriminatorias violando los artículos 1102 y 1105., considerando que técnicamente no hubo expropiación a la inversión por la cuestión de temporalidad.²⁸

Esta decisión del tribunal solo acrecentó las dudas referentes al Capítulo de Inversiones, puesto que es cierto que se desechó la reclamación de expropiación indirecta, y el tribunal declaró que no había que temer por los alcances del capítulo en sita, ya que no se trataba de un capítulo para favorecer las inversiones, y que los gobiernos no debían de temer por regular la ecología, el bienestar social, etc, el laudo aun así fue favorable para Myers ya que ellos consideraron que el Estado si pretendía dañar la exportaciones del inversionista, privilegiando los derechos de este sobre los de la sociedad canadiense. Porque solo se dedicaron a que la cuestión de

²⁷ S.D. Myers, Inc. Vs. Government of Canada. Opinión Disidente. Dr. Bryan Schwartz. 12/11/00 pp. 69-75

²⁸ S.D. Myers, Inc. Vs. Government of Canada. Laudo Arbitral UNCITRAL Document 742416:01, 13/11/ 2000. Pp. 71-73

fondo fuera si hubo discriminación a esa inversión y no se analizó la razón de existencia de la medida ambiental y el bienestar que esta pudiera generar encima de los privilegios de los inversionistas.

2. *Pope and Talbot*. Como se vio anteriormente, el inversionista demanda que el control de exportaciones de Canadá a el SLA (Softwood Lumber Agreement), priva al inversionista de su capacidad ordinaria de enajenar su producto a su mercado natural y tradicional, haciendo que Canadá reduzca la asignación de la inversión demandando el inversionista que estas acciones violan el artículo 1110 del TLCAN. El tribunal determinó que el inversionista si tuvo acceso al mercado de lo EU, y que la frase “medida equivalente a la nacionalización o expropiación” contenida en el artículo 1110 ensanchan el concepto ordinario de la expropiación bajo las normas del derecho internacional. Para exigir una remuneración se requieren medidas que afecten los intereses de una inversión, y que exista tal inversión en un Estado parte del tratado. Aquí la cuestión fue que Canadá no reconoció como una inversión al demandante, ya que argumentó que el vender madera para la construcción en un mercado del un Estado parte, no es una inversión conforme a lo establecido en el TLCAN, De acuerdo a lo estipulado en el artículo 1139 una inversión debe incluir o tener entre cosas “ser tangible o intangible, haber adquirido una expectativa o utilizarse con el fin de un beneficio económico o de otros propósitos de acuerdo al negocio” y el vender madera es algo abstracto y no una inversión propiamente dicha.

Se toma como referencia el concepto “*creeping expropriation*”, esto es; que un acto de un Estado no puede ser catalogado como una expropiación indirecta o una medida equivalente, “*pero ciertas medidas regulatorias en su conjunto pueden arrastrar o conducir a que una inversión fracase, y para que el Estado sea responsable de esa expropiación es cuando la propiedad sea propensa a ser enajenada por impuestos, regulación u otras acciones*”

*confiscatorias o preventivas, que irrazonadamente interfieran o indebidamente retrasen o enajenen el disfrute de la propiedad o que se traslade del territorio del Estado.*²⁹ Y rechaza el tribunal la discusión de Canadá que el régimen del control de exportaciones este más allá de la cobertura del artículo 1110. El Estado de la cuestión, para el tribunal fue el siguiente: ¿El régimen del control de la exportación ha causado una expropiación de la inversión, *creeping expropriation* o alguna otra manera? y concluyeron que no fue así, porque la inversión no fue nacionalizada o estuvo en un régimen confiscatorio, el control de la inversión de acuerdo a lo declarado por el operador financiero siempre estuvo en control del inversionista dirigiendo las operaciones cotidianas de la inversión sin detener a ningún oficial o empleado de la inversión en virtud del régimen. Canadá no supervisa el trabajo de los oficiales o empleados, no tomó los ingresos de la compañía con excepción de los impuestos, no intervino en las actividades gerenciales evitando que la inversión pague dividendos a los accionistas. No expulsa a los inversionistas de la propiedad y del control completo de la inversión, se trata de una interferencia y el inversionista sigue exportando cantidades substanciales de madera para la construcción en los EU y ganando beneficios con esas ventas y el tribunal concluye que el grado de interferencia con las operaciones de las inversiones por el control de las exportaciones por parte del Estado no se equipara a una expropiación o expropiación progresiva (*creeping expropriation*) ya que no fue suficientemente restrictiva y por eso el tribunal desechó el punto referente a la expropiación indirecta o *creeping expropriation* bajo el artículo 1110, aunque *Pope and Talbot* gano las demás reclamaciones.

3. *Laudo Marvin Roy Feldman Karpa.*³⁰ Uno de los argumentos de la parte demandante es que entre las medidas que adoptaron las autoridades

²⁹ *Pope and Talbot vs. Government of Canada.* Laudo interlocutorio p. 34-35.

³⁰ *Laudo Marvin Roy Feldman Karpa vs Estados Unidos Mexicanos* p. 39-70.

mexicanas por medio de la Secretaría de Hacienda, fue el negar la devolución de impuestos del IEPS sobre las exportaciones de los cigarros y argumentó la parte demandante que esto era el equivalente a una *expropiación indirecta* o “*progresiva*” de acuerdo a lo establecido en el artículo 1110 del TLCAN, y que estas medidas adoptadas por el gobierno mexicano son confiscatorias, arbitrarias y discriminatorias y que no están justificando una política pública el gobierno mexicano por su parte, para combatir este punto argumento que para otorgar esa devolución de impuestos era necesario que justificaran mediante facturas el traslado del impuesto tal como lo exige la legislación fiscal y que además, la inversión no existía como tal, ya que el objetivo del demandante es obtener una devolución de impuestos y esto en todo caso encuadraría mas como una deuda y no como una inversión.

Por esta razón el tribunal decidió que habría primero que resolver si había existido una inversión, la argumentación por parte de México no sirvió ya que el tribunal concluyó que en efecto; que la Corporación de Exportaciones Mexicanas, S.A. (CEMSA) es una persona jurídica constituida de conformidad con las leyes de México y controlada por el ciudadano estadounidense *Marvin Roy Feldman Karpa* en su calidad de inversionista y completa: “...Y entre las definiciones que proporciona el diccionario de la palabra “*empresa*” consta la siguiente: “una unidad de organización o actividad económica, especialmente, una organización comercial” (*Webster’s New Collegiate Dictionary, 1977 ed.*). Como tal, el Tribunal determina que CEMSA está incluida en la definición del término “*empresa*” y, por lo tanto, es una “*inversión*” de conformidad con el TLCAN.”³¹

El mismo tribunal acepta en el laudo que la definición del termino expropiación incluida en el TLCAN es muy amplia y es difícil aplicarla a casos

³¹ Idem. p. 39

en específico y es interesante como en este laudo citan como fuente el *Restatement of the Law of Foreign Relations of the United States*,³² para comprobar si el pago de una indemnización procede ya que ahí se establece que si un acto gubernamental (legislativo, administrativo a judicial) son discriminatorios o arbitrarios (injustos o equitativos) se les considerara como expropiatorios, concediendo un grado de circularidad a la dicotomía “expropiación c. Reglamentación” y reflexiona el tribunal: “...Por su propia naturaleza, las medidas impositivas, incluso si están concebidas como una expropiación y tienen tal efecto, serán indirectas y tendrán un efecto que puede ser equivalente al de la expropiación. Si las medidas se instrumentan a lo largo de un período de tiempo, también podrían ser tipificadas como “progresivas”, cuya naturaleza, en opinión también del Tribunal, no es distinta de aquellas designadas como expropiación “indirecta” o “equivalente a la expropiación” según los términos del Artículo 1110(1); y, se encuentra subsumida en dichos términos.”³³ Y aclara que para que se de una *Creeping Expropriation* (expropiación progresiva) es necesario que el Estado busque lograr el mismo resultado que lograría con una expropiación y que la expropiación progresiva es considerada una forma de expropiación indirecta. Lo interesante de este laudo es que también nos citan lo establecido en el *Restatement* para distinguir lo que es una expropiación indirecta y una medida regulatoria válida, este es el extracto que se analizó de los comentarios del *Restatement*:

“Un Estado es responsable por la expropiación de bienes conforme al apartado (1) cuando somete los bienes extranjeros a impuestos, regulaciones u otras medidas de naturaleza confiscatoria o que impidan, interfieran arbitrariamente o demoren indebidamente el goce efectivo de los bienes extranjeros o su traslado desde el territorio de ese Estado... Un Estado no es responsable de la pérdida de bienes u otras desventajas económica derivadas de tributos o regulaciones impuestos de buena fe y en general, de la confiscación por delitos u otros actos de este tipo que sean comúnmente

³² AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Third, the Foreign Relations of the United States*, USA, American Law Institute Publishers, Vol. 1, 1987 Section 712.

³³ *Marvin Roy Feldman vs. Estados Unidos Mexicanos* p. 45.

aceptados como parte del poder de policía de los Estados, si no son discriminatorios....' (Restatement, Sección 712)"

Es muy interesante lo establecido anteriormente, ya que ahí es donde se basan para determinar que es justo y que no lo es (refiriéndose a actos de gobierno). Y como el tribunal lo dice los impuestos también pueden ser considerados medidas expropiatorias, A pesar de estos razonamientos, el tribunal concluyó que desestimaba la alegación a la violación del artículo 1110 porque no todos los problemas comerciales que experimenta un inversionista constituyen una expropiación, el TLCAN y los principios de Derecho Internacional consuetudinario no le exigen a un Estado autorizar exportaciones de cigarros a un mercado gris, y la Ley del IEPS, no confiere a los revendedores de cigarros mexicanos el derecho de exportar cigarros y el negocio no ha cerrado y sigue operando bajo el control del demandante.

Aunque consideraron que podía existir una posibilidad de expropiación al igual que el caso *Pope and Talbot* pero tomando como referencia ese y el caso *Myers* las medidas regulatorias no privaron al demandante del control de sus inversiones; esto es, que interfirió con las operaciones internas de CEMSA, ni se filtro como accionista dominante y a pesar de que el demandante quedo fuera del negocio de cigarros sigue con la operación de otros productos como las bebidas alcohólicas, artículos fotográficos, etc., por esa razón no existe una confiscación y se desecha el argumento de expropiación indirecta, a pesar de esto pues el gobierno mexicano si incurrió en practicas discriminatorias y por eso fue obligado a pagar 1.5 millones de dólares.

4. *Laudo Thunderbird*.³⁴ La posición de *Thunderbird* respecto a la reclamación hecha al amparo del artículo 1110 del TLCAN, era exigir el pago

³⁴ *Laudo Thunderbird v. Estados Unidos Mexicanos*. CNUDMI pp. 72-80.

de una indemnización completa, sin demora y efectiva por la expropiación de su inversión ya que ellos legítimamente habían adquirido los derechos a los negocios de apuestas que realizaban. Y con la clausura de sus establecimientos se aniquilaron los negocios de las EDM por lo que tendría el gobierno de México que hacer la indemnización correspondiente al justo valor del mercado de las inversiones expropiadas. Y México planteó su defensa en el sentido de que la reclamación no la hizo por derecho propio y además las operaciones de dichos establecimientos eran ilegales y por lo tanto la clausura no equivalía a una expropiación. El tribunal no tuvo muchos problemas en decidir a favor de México ya que concluyó que las compañías de EDM no podían operar en el país sobre la base de una expectativa legítima y por lo tanto no procedía una indemnización ya que la inversión nunca goza por lo tanto un derecho adquirido en una actividad económica permitida.

5. *Laudo Metalclad*³⁵. Este laudo es muy importante ya que marcó el precedente de cuando un acto administrativo encuadró en el supuesto de una *expropiación indirecta*. Analizando el artículo 1110 del TLCAN el Tribunal concluyó que *“...la expropiación no solo incluye la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.”*³⁶

Lo interesante de este caso es que como previamente se había autorizado la planta y después se arrepintieron. El Gobierno Federal al permitir o tolerar la conducta de Guadalcázar (Municipio de San Luis Potosí) de cerrar el

³⁵ *Laudo Metalclad Corporation v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1) p 30-79

³⁶ *idem.* p.30

confinamiento a pesar de que el mismo Gobierno Federal había previamente aprobado y respaldado el proyecto el Gobierno de México adoptó una medida equivalente a la expropiación. La única autoridad exclusiva para establecer y permitir un confinamiento de residuos peligrosos solo reside en el Gobierno Federal y el que negó el permiso de construcción fue el Municipio porque traería consecuencias para la salud el medio ambiente y el bienestar social; pero esto no pareció importarle al tribunal, ya que sólo analizó la violación de los derechos de inversión, al determinar que el Gobierno Municipal no tenía por que negar permisos de construcción impidiendo al operación del confinamiento y el Gobierno del Estado al decretar posteriormente como zona ecológica el terreno donde se iba asentar *Metalclad* pues confirmó que el propósito era impedir la operación inversión.

El Tribunal se lava las manos en el asunto al decir que ellos no tenían por que considerar la intención o el motivo por el cual se decretó como zona ecológica porque ellos solo consideraron que estas medidas equivalían a una expropiación indirecta, al previamente haberse dado un permiso. No se consideró que ese permiso pudo haber sido consecuencia de un error y que por encima del bienestar de un derecho económico esta como bien tutelado la salud, la vida, el medio ambiente y la seguridad de la población. Este caso es el más escandaloso porque en este se observó que el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el Capítulo XI de inversión están por encima de cualquier derecho sustancial y esencial para los seres humanos y que el tratado no contienen principios de igualdad, seguridad social, bienestar de la población, derecho al medio ambiente, a la salud y que el comercio se encuentra en una posición *supra* respecto a los anteriores.

Como nos damos cuenta, los inversionistas extranjeros han exigido el pago de una compensación económica al amparo del artículo 1110 del TLCAN, en parte porque no están delimitados los alcances que se pueden tener con el

término de *expropiación indirecta*, atacando las políticas públicas y la actividad gubernamental de los Estados miembros y en algunos casos como el de *Metalclad* se norma incluso la actividad municipal. El propósito de hacer este resumen es para formarnos un criterio para adelante proponer cuales son las obligaciones que deben tener los inversionistas y el porque es necesario el replanteamiento del concepto de expropiación indirecta.

4.1.3. VALIDEZ DEL CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN EL DERECHO MEXICANO.

Previamente se ha hecho el análisis del concepto expropiación en el Derecho Mexicano y también el del término expropiación indirecta, tanto en el Tratado de Libre Comercio como doctrinalmente en el Derecho Internacional. No es muy difícil darnos cuenta de las enormes diferencias que tienen ambos conceptos, más aun cuando al concepto de expropiación se le añade el adjetivo "*indirecta*". Es este país siempre se ha pensado que la inversión extranjera es la solución para los problemas estructurales del Estado, aun cuando esta inversión no ha contribuido en nada para disminuir las diferencias sociales y la concentración del capital. A cambio de esa inversión, en el TLCAN les dimos muchísimos derechos a los inversionistas extranjeros, incluso por encima de los derechos de los nacionales. Muchos argumentan que esos mismos derechos los tienen los inversionistas mexicanos en los otros Estados miembros, sin duda así es. Pero la cuestión es que se esta buscando proteger los derechos del capital, encima del bienestar de la población y dándose un trato preferencial a cierto tipo de ciudadanos, existiendo una discriminación y contradiciendo preceptos constitucionales como el contenido en el artículo 1º y 32 Constitucional que a la letra dicen:

Artículo 1.

"...Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la

condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el Estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

Artículo 32.

“...Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano.”

En el primer artículo se nos señala que nadie puede ser discriminado por las condiciones sociales y en el trigésimo segundo se nos señala cierta preferencia que deberíamos tener para toda clase de concesiones, y estas concesiones se les da a los inversionistas por encima de cualquier ciudadano común y corriente. Por el simple hecho de que aquí la expropiación no comprende esos alcances, las diferencias las podemos observar de la siguiente manera:

Derecho Mexicano	Capítulo Inversiones TLCAN
.El concepto de expropiación comprende solamente lo considerado como utilidad pública (artículo 1 de la Ley de Expropiación).	El concepto abarca lo que se refiere a inversiones, utilidad pública y se forma un término híbrido al referirse a nacionalización de bienes.
El objeto de esta es para los fines del Estado o el bienestar de la colectividad.	El objeto de una expropiación indirecta es atentar contra las inversiones, dañando sus ganancias, activos, etc.
En nuestro sistema legal el pago de la indemnización se realiza en un plazo de un año.	El pago de la indemnización se hará sin demora y es completamente liquidable.
El precio que se fijará como indemnización por el bien expropiado, es equivalente al valor comercial que se fije sin que pueda ser inferior, en el caso de bienes inmuebles, al valor fiscal que figure en las oficinas catastrales o recaudadoras.	La indemnización es el valor justo del mercado, tomando como criterios el valor de los activos, futuras ganancias, intereses, daños, etc.

En México la figura de la expropiación no protege al capital, protege el derecho a la propiedad, y comprende el ejercicio de la soberanía del Estado en busca del bienestar social. El Tratado, como hemos visto comprende

alcances muy amplios como consecuencia del uso de un lenguaje impreciso, la sola aplicación de la cláusula “inversionista-Estado” es una de las innovaciones del tratado siendo el primero en incorporar dicho mecanismo, cuando en materia de expropiaciones los conflictos se resolvían mediante una negociación entre Estados, pero este tipo de estipulación permitió a las multinacionales renunciar al derecho nacional y demandar cualquier medida gubernamental como “*expropiación indirecta*”.

Ahora bien, el término de *expropiación indirecta* abarca lo que son futuras ganancias, activos, intereses, etc, como ha sido analizado. El concepto de expropiación en nuestro sistema jurídico no tiene los mismos alcances por lo que el precepto constitucional contenido en el artículo treinta y dos esta siendo violado, al darse un trato preferencial a los inversionistas del tratado amparados por los amplios alcances del concepto, y en el procedimiento para recibir la indemnización.

Es importante estar conscientes que dentro de la jerarquización de las normas tenemos a los Tratados Internacionales en el mismo nivel jerárquico que las leyes federales, y no se puede entender como se celebró un tratado con conceptos como el de *expropiación indirecta* que violaban las garantías contenidas en la Constitución.

4.2. REPLANTEAMIENTO DEL CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN EL CAPÍTULO DE INVERSIONES EN EL TLCAN Y EN FUTUROS ACUERDOS COMERCIALES.

Por lo que se ha analizado, es necesario que se replantee el concepto de *expropiación indirecta* en los futuros acuerdos comerciales determinando sus alcances, o la posibilidad de que se llegue a dar la eliminación de dicho concepto sustituyéndolo por otros que sean adecuados. El concepto de expropiación indirecta es muy amplio, que si bien se adapta dependiendo de las circunstancias, aun así es necesario llegar a delimitarlo e imponerle derechos a los inversionistas, donde se respeten ciertos principios básicos para el bienestar de la población.

Como se ha observado en capítulos anteriores, el concepto expropiación indirecta es una especie de híbrido, que trata de ensancharse y mutar, de acuerdo a las necesidades que se plantean y de acuerdo las interpretaciones que los inversionistas hacen de este, ya que éste concepto no esta definido en el mismo tratado; comprendiendo lo que es una nacionalización y una expropiación, mezclando el concepto "*creeping expropriation*", del *Restatement*, que significa *expropiación progresiva* y se aplica el criterio arbitral dependiendo de cada caso, por lo que no existe una certeza o precisión que es necesaria en la Ciencia Jurídica, lo conveniente es determinar limites a esos alcances y establecer términos como: daños a la inversión, daños progresivos con el fin de que una inversión fracase, entre otros, y no que un sólo término contenga tantas acepciones, es necesario detallar una ley armónica y precisa sobre la materia relativa a inversiones en el ámbito internacional, mediante normas firmes, claras en cuanto a los alcances y protectoras del bienestar social.

En lo referente a los futuros acuerdos comerciales, estos deben formularse de acuerdo a los principios constituidos en la Carta Magna porqué, el Estado

Mexicano debe celebrar los tratados basándose en sus principios constitucionales rectores, evitando otorgar a las empresas extranjeras mayores derechos que a las empresas nacionales. Es muy difícil que un Estado, por inteligentes y razonadas que sean sus leyes o sus actos no cometan errores, como en el caso de *Metalclad*, y a veces las soluciones arbitrales aunque permiten cierta flexibilidad y elasticidad, no pueden sujetarse a una simple interpretación que en algunos casos puede llegar a ser arbitraria o injusta.

Muchas personas piensan que el regular demasiado a las inversiones puede hacer que estas se espanten y se dirijan a lugares más atractivos, pero las estrategias económicas de muchas de las corporaciones precisamente se basan en que los medios económicos sean, de alguna manera imperfectos; manipulando los sistemas políticos, como en China o Bangladesh, donde se habla de un crecimiento económico, pero muchas veces el crecimiento económico no es sinónimo de bienestar social, haciendo que las personas trabajen en condiciones inhumanas, sometiéndose a todo tipo de abusos laborales y eliminando a movimientos que pretendan señalar este tipo de acciones. Al establecer lineamientos y reglas precisas no tienen por que irse las inversiones si no que solo se encontraran reguladas y los tratados se convierten en más neutrales e imparciales, no se pretende quitarles derechos económicos, se proyecta que se respeten esos derechos pero también se les impongan restricciones a los mismos imponiéndoles una serie de derechos y obligaciones.

En la actualidad se están promoviendo muchísimos acuerdos de este tipo, entre ellos podemos mencionar: la celebración del Tratado de Libre Comercio de América Central (TLCAC ó CAFTA), el Acuerdo de Libre Comercio de América (ALCA) y en estos se esta buscando imponer el mismo

modelo, establecer un Capítulo de Inversión y solución de controversias y por supuesto, la inclusión del término *expropiación indirecta*.

La propuesta de este trabajo es que las inversiones deben estar protegidas, sin duda alguna, estableciendo una serie de derechos y obligaciones, y en lo referente a la expropiación, que este se utilice de la forma que doctrinalmente se le reconoce en los tratados de inversión, porque toda inversión debe estar protegida contra los actos de expropiación pero sin conferir más derechos que los que comprende el alcance clásico del término.

4.2.1 LOS DERECHOS DE LOS INVERSIONISTAS FRENTE A LAS EXPROPIACIONES.

Este trabajo no pretende tachar a las inversiones como algo malo o no necesario, al contrario; las inversiones pueden ayudar a las economías de los Estados a lograr salir de la crisis e impulsar los sistemas económicos. Además el equilibrio entre el Estado y el capital debe ser importante para alcanzar objetivos para la trascendencia social y no para favorecer al poder económico o el poder burocrático, no se trata de protestar contra las multinacionales o promover el absoluto control del Estado; se intenta fomentar una crítica basada en la libertad de expresión, promoviendo que se den reformas verdaderamente estructurales en la administración interna consolidando las instituciones.

Los inversionistas sin duda deben de tener derechos, esto es innegable y en cualquier tipo de acuerdo o de legislación interna debe estar contenida una protección contra la confiscación gubernamental de sus propiedades, pero sin que estas protecciones se conviertan en un mecanismo de defensa para impulsar ataques contra los Estados en cuanto a sus medidas regulatorias,

políticas públicas, normas básicas, u otro tipo de circunstancias como las crisis financieras que terminan en los famosos rescates.

Entre los beneficios que se deben suprimir esta el recurrir a mecanismos como el arbitraje, no sin antes haber agotado el Derecho del Estado anfitrión. El atacar medidas que deben estar por encima de cualquier interés económico. La propuesta de derechos de los inversionistas frente a las expropiaciones es la siguiente:

1. Derecho a la protección contra la confiscación gubernamental. Esto es, que se garantiza al inversionista que su inversión es protegida contra los actos de autoridades que sin fundamentos legales pretendan despojar de los medios de producción al inversionista.
2. Derecho a un trato justo: esto refiriéndose a que se le preste asistencia e información necesaria acerca de sus derechos y obligaciones.
3. Derecho de formular consultas sobre sus reclamaciones y a la ley aplicable a su situación concreta referente a una expropiación, solicitando a las autoridades le contesten por escrito en un plazo determinado.
4. Derecho a ser oído por las autoridades, tratado con el debido respeto y consideración por los servidores públicos del sistema gubernamental del Estado; comprendiendo este, tanto al ejecutivo, legislativo como judicial existiendo la equidad entre estos y el inversionista.
5. Derecho a una indemnización justa, basándose en el valor catastral o comercial del bien, considerando las actualizaciones pertinentes y

cubriéndose el pago cuando la propiedad pase a poder del Estado, efectuándose en moneda nacional

Mediante la inclusión de estos derechos para los inversionistas, quedan tutelados las garantías básicas para que el Estado garantice tanto como su derecho de propiedad como su derecho económico.

4.2.2 NEGOCIACIÓN DEL CAPÍTULO DE INVERSIONES.

Lo importante de este punto, es que con la celebración de acuerdos comerciales, se busca agregar un Capítulo de Inversiones, en dichos acuerdos un capítulo de esta naturaleza da como consecuencia el otorgar una serie de derechos para los inversionistas, sin aclarar cuales son sus obligaciones y se manejan términos imprecisos como el de expropiación indirecta. Para resolver asuntos relativos a la interpretación de éste y otros conceptos contenidos se recurre al arbitraje y muchas veces no se establece claramente cual es el mecanismo preciso para lograr una transparencia, porque como lo observamos en el ámbito del TLCAN, algunos casos se han llevado en el CIADI y otros en el UNCITRAL ya que no se especifica en donde deberían de ser llevados dichos asuntos. Como hemos observado, el riesgo es que la mayoría de las veces una inversión no está solo ligada a ese ámbito, sino que abarca temas como la ecología, el bienestar social, seguridad social, entre otros, por lo que es necesario la participación de organizaciones u organismos que vigilen y opinen en el fondo del asunto, entre los cuales podrían estar el Consejo de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Centro Internacional de la Ley Ambiental; entre otros organismos expertos en el derecho local, como por ejemplo la opinión de expertos académicos, instituciones de docencia reconocidas, consejos ciudadanos de los Estados participantes, etc., que participen en la vigilancia de que los derechos de las inversiones no estén por encima de los de la

población y de las garantías; así no se vuelvan a repetir casos como el de *Ethyl* o el de *Metalclad*.

Para que se celebre un acuerdo comercial de inversión, se debe de hacer sobre bases sólidas y con sistemas judiciales que otorguen un debido proceso. Los inversionistas buscan que se logren este tipo de acuerdos, en Estados que no garantizan eso porque al contener los tratados cláusulas y términos como el de expropiación indirecta, es por que tienen miedo que un Estado cometa arbitrariedades y por eso buscan una protección. Ningún sistema legal es perfecto, sin embargo no hacia falta en los tres Estados suscriptores del tratado que se incluyera este término, ya que son naciones donde en lo referente a la inversión y la expropiación se encuentran perfectamente protegidos. Por lo que estamos hablando de una ventaja que quisieron tener los inversionistas para amenazar a un Estado en caso de querer adoptar medidas públicas; desafiando las decisiones y la soberanía de los Estados, protegiéndose detrás de términos no definidos para ampliarlos a su antojo o que muten a la conveniencia de cada asunto.

Se debe de negociar que este tipo de capítulos de inversiones en los acuerdos comerciales, solo existan en los Estados que realmente no pueden garantizar una inversión, como el caso de aquellos con sistemas diferentes al democrático, que están en proceso de reestructuración como en el caso de Irak, y los que necesitan inversiones pero están propensos a cambios de regímenes, que hagan practicas desleales ó no respeten principios elementales o carezcan sistemas jurídicos funcionales. Siempre y cuando estos acuerdos sean justos para los inversores, el Estado receptor y el país de origen de la inversión; conteniendo derechos y obligaciones recíprocos y con conceptos bien definidos. Pero que sentido tiene la inclusión de este tipo de capítulo cuando un Estado esta garantizando que con su sistema judicial no tiene que temer un inversionista la denegación de la justicia imparcial.

4.2.3 PLANTEAMIENTO DE OBLIGACIONES PARA LOS INVERSIONISTAS EN EL MARCO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO.

Es necesario que se implanten normas en materia de inversión en el tratado de libre comercio, y que estas impliquen un código aplicable en materia de la conducta de los inversionistas en casos de prácticas empresariales corruptas y sin considerar el *daño indirecto* que estas le puedan ocasionar a un Estado. Como es el caso de acciones como la fuga de capitales, la especulación en la bolsa de valores, el traslado de dinero de manera inmediata a otros Estados ocasionando una crisis económica. Ya que estas acciones son las que verdaderamente merman la confianza de los demás inversionistas en el mercado mundial, Para lograr esto es necesario un código que regule la conducta empresarial, entre las obligaciones a plantear comprenderían las siguientes:

1. Transferencia de tecnología. Están obligadas las inversiones a compartir sus investigaciones y tecnología, y el Estado a fomentar avances a dichas investigaciones. Se debe cooperar para el desarrollo de nuevas tecnologías y métodos, reconociendo la propiedad intelectual de los hallazgos tecnológicos.
2. Derechos al consumidor. Están obligados a satisfacer las necesidades de los consumidores de acuerdo a lo ofrecido, ofreciendo precios justos y competitivos, con los estándares de calidad requeridos.
3. Protección ambiental. El medio Ambiente esta por encima de cualquier inversión, y siempre el bienestar ecológico debe de contemplarse antes realizarse cualquier inversión.

4. La información de los casos y la contabilidad debe estar divulgada, siendo accesible para la fiscalización y para el pago de contribuciones a los Estados anfitriones.
5. Se debe garantizar el cumplimiento de las leyes laborales, sin tratos discriminatorios, ni restrictivos.
6. No se permitan actividades especulativas, que pudieran ocasionar daños o crisis a los Estados anfitriones, llegando los daños a clasificarse como *daños colaterales* a los Estados o *acciones desestabilizadoras*, y por lo tanto en caso de comprobarse estos, se deberá resarcir el daño al Estado.
7. Prácticas comerciales restrictivas. Las multinacionales no tienen derecho a manipular los precios de transferencia, aumentar los precios al consumidor de manera abusiva, y sobre todo no pueden aplicar este tipo de prácticas en los países en vías de desarrollo.
8. No intervención en la vida política; las multinacionales muchas veces utilizan los famosos cabildeos para negociar con los legisladores que se hagan reformas o propuestas legislativas a su favor. Muchas de sus conductas tendrían que estar sujetas incluso a sanciones penales ya que condicionan o hacen acuerdos con los políticos en sus campañas electorales por medio del financiamiento a fin de favorecerse en las legislaciones. La no intervención de los inversionistas en la vida política nacional.

Para engendrar estas medidas, es necesario que se pacte un acuerdo multilateral entre los Estados miembros de la OMC, estableciendo los

derechos y obligaciones de las inversiones buscando el equilibrio entre los Estados receptores, los Estados de origen y los inversionistas.

A pesar de ser difícil por los problemas de extraterritorialidad que podrían darse, se puede crear un mecanismo que controle las actividades de las multinacionales de todos los Estado suscriptores de dicho acuerdo y que impulsara el desarrollo de legislaciones internas estrictas, limitando su participación en el sector político ya que al ostentar el poder económico, no hay necesidad de que se les confieran atribuciones que hagan que pasen por encima de los Estados, buscando el equilibrio de poderes, encontrando soluciones tanto en el marco internacional como en el nacional.

4.2.3.1 MEDIDAS DE REGULACIÓN DE INVERSIONES EN RESGUARDO DEL INTERÉS PÚBLICO.

Es necesario el establecimiento de medidas que determinen las responsabilidades de las multinacionales en los ámbitos de interés público. Por lo que se tienen que discutir estas y llegar a establecer un código para regular las inversiones así como para señalarles sus derechos, para que se pueda dar un resguardo es necesario que se planteen los siguientes temas:

1. Definiciones. En donde se encuentren definidos que se entiende por inversión, restricciones a las mismas en sectores estratégicos o de seguridad nacional, tipos de inversión y de inversionista, entre otros conceptos.
2. Derechos Humanos. Capítulo donde los Inversionistas se obligan a respetar a los Derechos Humanos fundamentales, como la libertad de expresión y pensamiento, el derecho a la vida, a la libertad. Tutelando la protección de las garantías fundamentales y siendo evaluados

todos los participantes, como los Estados receptores, inversionistas y Estados de origen

3. Cobertura. Los inversionistas deberán acatar las leyes y ordenamientos jurídicos internos de los Estados receptores en el ámbito de su actividad de inversión, cooperando el Estado de origen y el receptor en la imposición de medidas disciplinarias a los inversionistas.
4. Protección al consumidor. El consumidor debe estar protegido por lo que es necesario ejecutar políticas adecuadas para la tutela de sus intereses y la defensa de sus derechos.
5. Practicas de empleo. Se establezcan practicas laborales justas, respetando los derechos de los trabajadores relacionados con su empleo y ocupación, eliminando el expediente laboral que incluya información como la conducta social del trabajador, afiliación política, y otras que no sean del uso de la relación laboral, suprimiendo las cartas de renuncia al derecho nacional, y que se cumplan las condiciones mínimas de trabajo en particular en las industrias maquiladoras.
6. Responsabilidad por daños indirectos al Estado. Como hemos abordado anteriormente, tiene que tener una responsabilidad jurídica los daños que de manera indirecta atenten contra la seguridad y el bienestar de un Estado, definiendo los alcances de los daños indirectos originados por prácticas como la especulación, el traslado de valores, la manipulación de los medios de comunicación, entre otros.

El propósito de que se logre el establecimiento de normas en estos ámbitos a las inversiones, es que jurídicamente sea regulada la conducta de las empresas con el propósito de que se logre el equilibrio que debe existir, fortalecer las instituciones y lograr evitar crisis, prescribir la conducta de las inversiones frente al medio ambiente, que las transacciones financieras sean transparentes, y que se busque el bienestar mundial en función del interés público. Acatando las leyes y los ordenamientos tanto internos como internacionales, logrando un marco de cooperación internacional protegiendo a la vez sus derechos de los inversionistas que se sujeten a cumplir sus obligaciones conforme a los objetivos de desarrollo planteados por la comunidad internacional y por lo grupos participantes de esta, que incluyen ONG's, organizaciones gubernamentales, la ciudadanía, y todos los sectores interesados o involucrados.

4.2.3.2. MEDIDAS DE REGULACIÓN DE INVERSIONES EN RESGUARDO DEL MEDIO AMBIENTE.

El medio ambiente sin duda requiere de un capítulo especial, como sabemos se han dado muchos ejemplos a lo largo de la historia de cómo se busca depredar el medio ambiente aun a costa del futuro del mundo. Lo preocupante del caso es que los “defensores del estado de derecho” solo piensan que la aplicación de la ley debe estar encima aún de lo socialmente incorrecto y esto es un punto que aprovechan los inversionistas. Porque todavía falta mucho que hacer en materia ambiental, haciendo falta enormes avances en cuanto a la protección al medio ambiente y lo que esto conlleva, como el maltrato a los animales, la contaminación ambiental, el desperdicio de recursos, los alimentos transgenicos, entre muchos otros.

Al establecer un marco regulatorio en el cual se desenvuelvan las inversiones, en conjunto con la búsqueda de las medidas de regulación en

beneficio del interés público; se trate de lograr el alivio de los problemas de los ciudadanos pobres promoviendo el desarrollo económico humano.

Hay estudios donde se ha comprobado que no es imposible que las inversiones ambientales pueden ayudar en mucho al desarrollo ecológico, económico y combate a la pobreza³⁷ implementando los principios fundamentales y el programa de acción de la conferencia de Río de Janeiro de 1992 de la implantación de responsabilidades comunes en materia ambiental, gestionando los recursos básicos, promoviendo el desarrollo económico y combatiendo la pobreza.

4.2.4. LA POSTURA QUE SE DEBE ADOPTAR BASÁNDOSE EN LA EXPERIENCIA DEL ARTÍCULO 1110 DEL TLCAN SOBRE EXPROPIACIÓN INDIRECTA, EN LA NEGOCIACIÓN DEL CAPÍTULO DE INVERSIONES DEL ALCA

En la actualidad se está efectuando el proceso de integración del Acuerdo del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), donde se abordan temas como el de acceso a mercados, agricultura, sector público, propiedad intelectual, servicios entre otros. El ALCA presenta innovaciones como es el abordar temas referentes a la propiedad intelectual, disposiciones medioambientales y laborales, comprendiendo también el capítulo de inversión. En su borrador, nos podemos dar cuenta que es una copia corregida y aumentada del capítulo de inversiones del TLCAN, definiendo a las inversiones muy extensamente, incluyendo, activos, pasivos, portafolios de inversiones, intereses, futuras ganancias, derechos de propiedad

³⁷ Ibáñez Londoño, Ana María y Uribe Botero, Eduardo. Medio Ambiente y Desarrollo Económico: Priorización de la Inversión Ambiental Con Criterios Económicos* documento cede 2003-33 ISSN 1657-7191 (edición electrónica) noviembre de 2003. consultado en: <http://economia.uniandes.edu.co/~economia/archivos/temporal/d2003-33.pdf> el día 30 de junio de 2007..

intelectual, etc.³⁸ Y por supuesto contiene el tan polémico término de *expropiación indirecta*, sin delimitar sus alcances y todo lo anteriormente analizado. Por lo que es importante que el Estado Mexicano asuma una postura de protección a las regulaciones públicas, defendiendo su soberanía porque a pesar de que en el borrador del tratado se manejan *excepciones* al trato nacional y al trato de nación mas favorecida y *reservas o medidas disconformes* a los artículos referentes al trato nacional, nación mas favorecida, requisitos de desempeño y altos ejecutivos, consejos de administración o directorio; nuevamente no se señalan los alcances del término expropiación indirecta y estas reservas no se aplican a lo referente a una expropiación.

También estaría en duda la aplicación de lo relativo a las *excepciones generales* donde se nos determina lo siguiente:³⁹

Artículo 17. Excepciones generales

[17.1.Cada Parte podrá presentar excepciones generales.]

[17.1.Entre las excepciones generales, quedan permitidas todas las acciones para la protección de la seguridad y la paz internacional.]

[17.1.Nada en este Acuerdo impedirá que una Parte adopte o haga cumplir las medidas que estime necesarias para:

- a) proteger la moralidad pública;*
- b) prevenir el delito y mantener el orden público;*
- c) proteger o mantener sus intereses de seguridad esenciales;*
- d) proteger la vida humana, animal y vegetal;*
- e) proteger la balanza de pagos y reaccionar frente a dificultades de balanza de pagos;*
- f) garantizar el cumplimiento de las leyes o reglamentos relacionados con la prevención de prácticas engañosas y fraudulentas y los efectos ocasionados por un incumplimiento de los contratos;*
- g) garantizar el cumplimiento de las leyes relacionadas con la tributación;*
- h) [asegurar o garantizar el cumplimiento de las resoluciones y sentencias penales, laborales, tributarias y administrativas;]*

³⁸ Borrador de Acuerdo del ALCA. Capítulo XVII de Inversiones. FTAA. TNC/w/133/Rev3, 21 de 21 de Noviembre de 2003. p.26-29 consultado en: http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/Worddocs03/ChapterXVII_s.doc el día 30 de junio de 2007.

³⁹ Ibid. pag. 33.

- i) proteger a las personas/minorías o regiones que se encuentren en desventaja y los intereses de las economías más pequeñas que se encuentren en desventaja y de los países con un bajo nivel de desarrollo;*
- j) garantizar el cumplimiento de las leyes o reglamentos relacionados con la protección de la privacidad de los individuos con respecto al procesamiento y divulgación de los datos personales y la protección de la confidencialidad de los registros y cuentas individuales;*
- k) proteger los tesoros nacionales que posean un valor artístico, histórico, antropológico, paleontológico y arqueológico;*
- l) hacer efectivas las obligaciones internacionales incluyendo los tratados destinados a evitar la doble tributación; y*
- m) hacer efectivos los beneficios otorgados como resultado de acuerdos mediante los cuales se establecen uniones aduaneras, mercados comunes, uniones económicas o monetarias o acuerdos similares.]*

Ya que si bien se están estableciendo los principios de bienestar social, no se están imponiendo aun obligaciones para los inversionistas y tampoco cambia en nada los problemas fundamentales de las disposiciones sobre expropiación que se han visto a lo largo de la historia del TLCAN. Ni adecuando un marco jurídico para la aplicación de sanciones. El solo hecho de insertar un capítulo de inversiones a pesar de los compromisos supuestamente incluidos en el tratado solo es para distraer del principal propósito del acuerdo que es un nuevo proceso de liberación económica. Siendo solamente compromisos sin fijar obligaciones para los inversionistas , esto lo podemos advertir porque aun existen los conceptos claves del tratado que son: nación mas favorecida, trato nacional, requisitos de desempeño, acceso de mercados, expropiación indirecta, entre otros, buscando consolidar lo que se empezó con el TLCAN, que es el extender una serie de derechos y protecciones a los inversionistas internacionales, pudiendo exigir compensaciones económicas por perdidas de sus ganancias, y desafiar prohibiciones que atenten contra la ecología y el bienestar público, donde los Estados están adquiriendo compromisos con las corporaciones, y cediendo en gran parte a sus exigencias. Por lo que es necesario que se asuma una postura muy crítica, donde se impongan obligaciones a los inversionistas y

se busque la consolidación de ciertos principios que no tengan el rango de compromisos, sino de obligaciones.

No hay necesidad de un Capítulo de Inversiones cuando los inversionistas pueden acudir a los mecanismos nacionales, la inversión debe confiar en los procesos jurídicos internos, pudiendo agotar el derecho nacional y que se apoyen estos mecanismos internos en los externos cuando verdaderamente no pueda resolver un caso el derecho nacional.

4.2.4.1. EXCLUSIÓN DEL CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN EL CAPÍTULO DE INVERSIONES.

A lo largo de este trabajo de investigación, hemos observado, analizado y demostrado que el término de *expropiación indirecta*, es un concepto inexacto y de grandes alcances, cuyo propósito es dar ventajas o protecciones contra cualquier medida a los inversionistas extranjeros. Sobre todo, porque la ciencia jurídica no permite la inexactitud en el empleo de conceptos, y prácticamente la certeza jurídica no existe.

La razón por la que pensamos que dicho término debe ser excluido es porque el concepto de expropiación no debe ser confundido con alguna otra figura jurídica, la expropiación simplemente es cuando el Estado despoja de un bien a su dueño o propietario sin su consentimiento, por causa de utilidad pública y mediante una indemnización justa. No debe añadirse anexos a este concepto etiquetando de indirecta o directa, aunque cabe mencionar que las inversiones sin lugar a dudas deben estar protegidas de medidas injustas por partes del Estado que afecten las inversiones. Pero se tendría que elaborar algún otro concepto, porque si no sería como si quisiéramos equiparar la nacionalización con la expropiación.

Planteamos la exclusión de los acuerdos comerciales términos como este y solo quedar contenidas en estos las expropiaciones y las nacionalizaciones por parte del Estado, cubriendo solo la expropiación directa. Esto es; para que un inversionista, al amparo de términos inexactos no busque demandar al gobierno de acciones que provoquen la disminución de sus ganancias esperadas y sobre todo no se ven forzados los Estados a gastar el dinero de los contribuyentes en defender sus acciones legislativas contra los ataques corporativos, buscando nuevas formulas, el balance entre la inversión y el Estado, protegiendo intereses legítimos y tutelando el interés nacional de lograr avances sociales y económicos.

La expropiación debe referirse exclusivamente al traslado de la propiedad sin consentimiento del dueño al Estado, en busca de satisfacer un interés público, compensando justa y prontamente al afectado. Las leyes nacionales, tienen bien resguardado el derecho de la propiedad, con disposiciones justas y procesos bien establecidos. La exclusión de dicho término debe hacerse debido a que como es de amplios alcances, no señala que toda expropiación debe ser compensada, y no considera que se tiene que poner en la balanza los intereses de la población y los interés del capital, para decidir si la compensación debe efectuarse, por lo que este tipo de pensamiento a favor de beneficios desmesurados a las inversiones debe ser suprimido de futuros acuerdos y del TLCAN.

En vez de tener este tipo de cláusulas, los acuerdos comerciales deben establecer una serie de derechos y obligaciones por parte de los inversionistas y los Estados, donde el derecho sea de una manera bilateral y no unilateral como hasta ahora se esta efectuando.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. Existen diferentes factores o fenómenos que han hecho que la Economía este en constante cambio, entre los cuales podemos mencionar la Globalización, la Integración Económica y la Interdependencia.

SEGUNDA. La Inversión Económica cada día se hace más importante haciendo que el flujo de los capitales en forma de inversión (directa o Indirecta) fortalezca las balanzas comerciales, cuenta corriente, planes de proyección internacional, extensión de mercados, etc.

TERCERA. Se han formulado (y se piensan formular) diversos acuerdos de inversión; el parteaguas para el Estado Mexicano fue el Tratado de Libre Comercio con América del Norte, el cual ha cambiado la economía mexicana, logrando una competitividad en la industria y en la exportaciones, accediendo a diversos mercados internacionales mediante este ambicioso proyecto para eliminar las barreras al comercio.

CUARTA. A pesar que desde la formulación del TLCAN, numerosos intelectuales y estudiosos del derecho señalaron una serie de implicaciones sociales y políticas, estas se ignoraron y se firmó el tratado en *fast track*, ignorando la Integración Económica silenciosa en la zona fronteriza, y no se tomaron las medidas previas para reformar antes al Estado haciendo verdaderos cambios estructurales y profundos en el mismo.

QUINTA. Los inversionistas amparados en los tratados, han hecho que los Estados signatarios de dichos acuerdos económicos, se enfrenten a una realidad muy diferente al optimismo con el que se celebraron dichos acuerdos. Las definiciones económicas, políticas y del Derecho en el ámbito internacional cada vez se elaboran de manera que sean cambiantes y

mutables, sujetándose estas a las leyes del mercado e incluso a la especulación jurídica.

SEXTA. La formación de los bloques económicos es consecuencia de esto, donde se han hecho diferentes frentes para tener un solo mercado común, pero esto ha causado que las instituciones ahora busquen una supranacionalidad desplazando a las nacionales, y donde la soberanía no ha sido cedida a otro Estado, sino al capital, al poder económico como es en el caso del Tratado de Libre Comercio con América del Norte.

SÉPTIMA. Respecto a la soberanía, esta ha quedado rebasada y bajo una inoperabilidad, donde ningún Estado buscará ejercer medidas que pudieran contravenir la realidad económica internacional, aun cuando dichas medidas puedan ser en beneficio de la población o el medio ambiente, haciendo que el precio sea demasiado elevado a cambio de que la política de industrialización y el corporativismo multinacional siga operando.

OCTAVA. En Acuerdos de Inversión como el Tratado de Libre Comercio con América del Norte, se han identificado áreas preocupantes que aparecen en el texto del mismo. Una es el Capítulo respecto a la inversiones (Capítulo XI), y específicamente el tema de *expropiación indirecta*.

NOVENA. Los objetivos del tratado son la cobertura universal de cualquier sector productivo y de servicios en cuanto a las inversiones, y la aplicación de las medidas establecidas en el mismo. Este Capítulo de Inversión quiere servir como modelo a futuros acuerdos comerciales, estableciendo una serie de derechos y protecciones a los inversionistas internacionales.

DÉCIMA. En lo acordado en el Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN), el concepto contenido dentro del Capítulo XI, artículo 1110,

en materia de Inversión denominado **expropiación indirecta**, tiene alcances mucho más amplios que con los que tiene la **expropiación** en el Derecho Positivo Mexicano. Este concepto otorga derechos pre-inversión; además que, para fomentar el crecimiento económico se eliminan medidas que pueda afectar de manera directa o indirecta el flujo de una inversión. Primero, la definición de inversión es muy amplia, abarcando las ganancias presentes y futuras de una empresa, propiedad intelectual y actividades especulativas de la bolsa de valores.

DÉCIMA PRIMERA. Dentro del TLCAN, una expropiación a la inversión no solo puede darse de manera directa a los bienes de producción, si no de manera indirecta, ya que como el concepto de inversión abarca las ganancias, activos, pasivos, etc.; estos se pueden ver afectados por cualquier medida que adopte un Estado, susceptible de alterar el gozo de la propiedad o la inversión.

DÉCIMA SEGUNDA. Si el Gobierno Mexicano repentinamente hace una nueva disposición ambiental, laboral, hacendaría, ente muchas otras, un inversionista nacional del TLCAN, puede interponer una demanda ante un tribunal arbitral, sin recurrir al procedimiento interno, demandando compensaciones sobre la base de que sus expectativas de ganancias disminuyeron. Esto significaría que el espacio de maniobra para legislar y perfeccionar las leyes sería muy reducido.

DÉCIMA TERCERA. Con términos como el de **expropiación indirecta** los inversionistas extranjeros pueden demandar a cualquier Estado miembro del TLCAN de una manera directa y exigirles el pago de una indemnización y compensación económica cuando este incumpla una de las tantas obligaciones contenidas en el acuerdo. Y como se ha hecho el análisis, pueden exigir la indemnización por cualquier medida que afecte aunque sea

un poco sus ganancias, haciendo que las empresas desafíen decisiones gubernamentales aun cuando estas regulaciones sean para regular el uso de tóxicos o en bienestar de la población.

DÉCIMA CUARTA. Se ha otorgado una fuerza sin precedente a las corporaciones, rompiendo incluso las teorías de la hegemonía, porque al existir un poder económico y dotarlo de otro poderío que es el poder político y legislativo, se rompe la balanza restringiendo a los gobiernos el proteger el bienestar público y el medio ambiente, y el intervenir para que verdaderamente las inversiones ayuden al Estado a alcanzar un desarrollo social y económico.

DÉCIMA QUINTA. Las inversiones son necesarias, pero deben buscarse alternativas e imponerse obligaciones a los inversionistas, no solamente derechos. Asegurarse que en los acuerdos de inversión tanto presentes como futuros se respeten los derechos humanos, los derechos de los trabajadores, el derecho al medio ambiente y los derechos a los pueblos indígenas, quedando estos por encima de los derechos de cualquier clase de inversión.

DÉCIMA SEXTA. Lo preocupante es que el TLCAN pretende servir como modelo para los futuros acuerdos comerciales, dándole todavía más protecciones a los inversionistas que las contenidas en el mismo, como lo podemos notar en los borradores del texto del Acuerdo de Libre Comercio de América (ALCA), cediendo a las exigencias de las corporaciones poderosas, y tratando de establecer mecanismos de solución de controversias que solo atiendan los intereses de las multinacionales y que estén al margen del control público. Sustituyendo el arbitraje internacional a las legislaciones nacionales y los mecanismos de justicia internos.

DÉCIMA SÉPTIMA. El tema de la *expropiación indirecta* es preocupante, sus grandes alcances como definición cubriendo expropiaciones de manera convencional y los daños a las inversiones por causa de medidas públicas que tengan efectos en estas, incluso afectando futuras y posibles ganancias.

DÉCIMA OCTAVA. La expropiación en el TLCAN, es una disposición para compensar las “*medidas equivalentes a una expropiación*” bajo el artículo 1110 del TLCAN, las “expropiaciones” directas e indirectas y las medidas “equivalentes a una expropiación” tan solo pueden realizarse en aras de satisfacer un fin público, sobre la base de la no discriminación, de acuerdo con procesos legales y las disposiciones del TLCAN en torno a un trato justo, y cuando exista una compensación.

DÉCIMA NOVENA. En diferentes criterios arbitrales se ha dado un significado a la expropiación que es más amplio respecto de las leyes nacionales de cualquiera de los tres países signatarios. Generalmente bajo las leyes nacionales las regulaciones para el interés público que restringen el uso de una propiedad, o que afectan de manera adversa los activos de un inversor no se han considerado como expropiaciones que deban ser compensadas. Normalmente, mientras ciertos intereses de propiedad pueden ser afectados de manera adversa por medio de ciertas regulaciones gubernamentales, se pone en una balanza estos intereses frente a otros intereses legítimos al tener que decidir si la compensación debe ser hecha.

VIGÉSIMA. Algo relativo a una expropiación debe ser decidido por una legislatura nacional y democrática, que el derecho a demandar sea de manera bilateral y no unilateral, esto es, que el Estado también pueda demandar al inversionista y exigirle el apego a ciertos derechos, en donde se plantee que estos influyen en todos y cada unos de los sectores de la

población y donde exista transparencia y garantías en el procedimiento de solución de controversias

VIGÉSIMA PRIMERA. La Integración Económica de los Estados es importante, tanto para el intercambio tecnológico, científico, de mano de obra y de comercio justo. Pero el TLCAN no cumple esa función. Solo es un tratado que protege el interés del capital y las multinacionales. Los acuerdos económicos sirven, siempre y cuando se enfoquen en un grado de igualdad jurídica o con un sentido humanitario de integración, ya que los inversionistas tienen muchos derechos pero ninguna obligación.

VIGÉSIMA SEGUNDA. Se debe de plantear la eliminación de dicha figura en el TLCAN y en futuros acuerdos comerciales ó bien; un anexo introduciendo criterios bien definidos y establecidos protegiendo el interés público, y una serie de obligaciones a los inversionistas extranjeros, porque en el Tratado se habla de utilidad pública, pero nunca de interés público.

VIGÉSIMA TERCERA. Es necesario establecer obligaciones para los inversionistas y constituir estos. No deben tener derechos sustantivos mayores a los de los ciudadanos mexicanos, bajo las leyes mexicanas, aprovechando la experiencia que se ha tenido en los procesos en dichos tribunales.

VIGÉSIMA CUARTA. No por dejar a su libre autodeterminación a las empresas trasnacionales, se traducirá por sí solo en un desarrollo inmediato para nuestros pueblos o en una mejora de nuestro medio ambiente, derechos humanos, derechos laborales entre otros.

FUENTES CONSULTADAS.

BIBLIOGRAFÍA.

1. Acosta Romero, Miguel. Derecho Administrativo Especial. Tomo I. 3era edición. Editorial Porrúa, México 1998.
2. Arellano García, Carlos. Métodos y Técnicas de la Investigación Jurídica: Elaboración de Tesis de Licenciatura, Maestría y Doctorado, Tesinas y otros Trabajos de Investigación Jurídica. Porrúa, México, 1999. 444 p.
3. Arellano García, Carlos. Segundo Curso de Derecho Internacional Público. 2da Edición, Editorial Porrúa, México, 1998. 837 p.
4. Ayala, José. Estado y Desarrollo. La Formación de la Economía Mixta Mexicana. (1920-1982). FCE y SEMIP, México, 1998, p. 479.
5. Balassa, Bela A. Teoría de la Integración Económica / Traducción al español por Jorge Laris Casilla. Editorial U.T.E.H.A., México, 1964. 332 p.
6. Barrera Graf, Jorge. La Regulación Jurídica de las Inversiones Extranjeras en México. UNAM, México, 1981. 208 p.
7. Blanco, Herminio. Las Negociaciones Comerciales de México con el Mundo. FCE, México, 1994.
8. Carpizo MacGregor, Jorge. La Constitución Mexicana de 1917, 9ª ed., México, Porrúa, 1995. 315 p.
9. CIDAC. El Acuerdo de Libre Comercio México-Estados Unidos. Camino para Fortalecer la Soberanía. Editorial Diana, México, 1992.
10. Cisneros Farías, Germán. Lógica Jurídica. Porrúa, México, 2003. 155 p.
11. Cuadra, Héctor [y] Kaplan, Marcos. Estudios de Derecho Económico. UNAM, México, 1997.
12. Gutiérrez y González Ernesto. Derecho Administrativo y Derecho Administrativo al Estilo Mexicano. Editorial Porrúa, 2da. Edición, México, 1993. 1266 p.

13. Herdegen, Matthias. Derecho Internacional Privado. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas México, 2005.
14. Joseph Nye. International Regionalism: Readings, Boston Massachusetts, 1971.
15. Kaplan, Marcos. Problemas del Desarrollo y de la Integración en América Latina: ensayo. Editorial Monte Ávila, Venezuela, 1976. 255 p.
16. Kaplan, Marcos et. al., Regulación de flujos en el derecho internacional. 2da edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001.
17. Katarov, Konstatin. Teoría de la Nacionalización . El Estado y Propiedad. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
18. Keohane, Robert Owen. After the Cold War: International Institutions and State Strategies in Europe, 1989-1991 / Edited by..., Joseph S. Nye [and] Stanley Hoffmann, Editorial Harvard University, Cambridge, Massachussets, 1993. 481 p.
19. Keohane, R. Poder e Interdependencia: La Política Mundial en Transición., Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires 1988. 305 p.
20. Méndez Silva, Ricardo. El Régimen Jurídico de las Inversiones Extranjeras en México. UNAM, México. 1968. 167 p.
21. Mercado H., Salvador. Comercio Internacional II. Incluye TLC. Editorial Limusa, 4ta edición, México, 1998. 398 p.
22. Ortiz Ahlf, Loreta. Vázquez Pando, Fernando y Díaz Luis Miguel. Aspectos Jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y sus Acuerdos Paralelos. Editorial Themis, México. 1988. 214 p.
23. Pina, Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Vol. III, segunda edición, Editorial Porrúa, México 1966.
24. Ruelas Valdés, Diana Maria. La Asociación para la Cooperación Regional de Asia del Sur (SAARC): Problemas y Perspectivas de la Cooperación Económica y Comercial. Tesis de Maestría FCPyS, UNAM, México, 2006.

25. Seara Vásquez Modesto. Derecho Internacional Público. Editorial Porrúa, 21ª. Edición, México, 2004 845 p.
26. Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo: Doctrina, Legislación y Jurisprudencia. Porrúa, México, 2000. 905 p.
27. Vega Canovas, Gustavo. Liberación Económica y Libre Comercio en América del Norte. COLMEX, México. 1993.
28. Velásquez Flores, Rafael. Introducción al Estudio de la Política Exterior de México. Editorial Nuestro Tiempo, México, 1995.
29. Witker, Jorge, Curso de Derecho Económico, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989. 600 p.
30. Witker Velásquez, Jorge. Derecho de la Competencia Económica en el TLCAN, UNAM. México, 2003. 223 p.
31. Witker Velásquez, Jorge. Derecho Económico. Colección de Textos Jurídicos. Edit. Harla, México 1990.
32. Witker Velásquez, Jorge. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte: Análisis, Diagnóstico y Propuestas Jurídicas. UNAM, México, 1993.
33. Witker Velásquez, Jorge. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte : Evaluación Jurídica: Diez Años Después / coordinador Jorge Witker, UNAM, México, 2005.
34. Witker Velásquez, Jorge. La Nueva Valoración Aduanera y el TLC. UNAM, México, 1992. 446 p.
35. Witker Velásquez, Jorge. Régimen Jurídico del Comercio Exterior de México: del GATT al Tratado Trilateral de Libre Comercio. UNAM, México, 1991. 460 p.

ECONOGRAFÍA.

1. De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa, 27 edición, México, 1999.

2. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, y UNAM, 2da Edición, Tomo D-H, México, 1987.
3. Enciclopedia Hispánica, Volumen 5, Editorial Enciclopedia Británica Publishers, Inc, México, 1995.
4. Lions, Monique. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, col. Editorial Porrúa, México, 1998.

LEGISLACIONES.

1. Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos.
2. Tratado de Libre Comercio con América del Norte.
3. Ley de Inversión Extranjera
4. Ley de Expropiación.
5. Código Civil.

SITIOS EN INTERNET.

1. Acuerdo de Libre Comercio de las Américas. <http://www.ftaa-alca.org/>
2. Banco Mundial. <http://www.worldbank.org/icsid/index.html>
3. Instituto de Investigaciones Jurídicas. <http://www.juridicas.unam.mx>
4. International Centre for Settlement of Investment Disputes The American Society of International Law. <http://www.asil.org/resource/Home.htm>
5. La Jornada. <http://www.jornada.unam.mx>
6. Organización Ciudadana. <http://www.citizen.org>
7. Public Citizen's Global Trade Watch. <http://www.tradewatch.org/espanol>
8. Secretaria de Economía. <http://www.economia.gob.mx>
9. The United Nations Commission on International Trade Law UNCITRAL). <http://www.uncitral.org/en-index.htm>
10. United States of America. <http://www.state.gov/documents/organization/>