

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN MÉXICO

THE LEGAL REGIME OF FOREIGN INVESTMENT IN MEXICO

Rodolfo CANCINO GÓMEZ*

RESUMEN: Se analiza el régimen jurídico de la inversión extranjera y su impacto en el desarrollo económico nacional. Existen serias incongruencias legales entre la norma nacional y los tratados, donde la simulación, piramidación e intermediación son prácticas para eludir los límites y/o porcentajes que por ley se definen. La discrecionalidad en la aplicación de la Ley, particularmente en lo relativo a la “apertura sectorial” y la de “inversión neutra” son mecanismos que enfatizan las incompatibilidades jurídicas existentes. Asimismo, se demuestra que los tratados no han funcionado adecuadamente en materia de promoción y de protección de las inversiones.

ABSTRACT: This article analyzes the legal regime of the foreign investment and its impact in the national economic development. There is a serious legal inconsistency between the national law and the international treaties, where the simulation, pyramidation and intermediation are practices to elude the limits and percents as defined by law. The discretion in the application of the Law —particularly in the cases of “sectorial openings” and “neutral investment”—, represents a mechanism that reveals legal incompatibilities. Likewise, this article proves that the international treaties have not functioned appropriately into the promotion and protection of the investments’.

PALABRAS CLAVE: Inversión extranjera, Régimen jurídico, Comercio exterior.

KEYWORDS: Foreign investment, Legal regime, International trade.

* Jefe de Personal Académico y Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Definición de “Inversión”*. III. *Régimen jurídico nacional*. IV. *Tres casos estratégicos de IE*. V. *Inversión neutra*. VI. *Régimen jurídico internacional*. VII. *Ejemplo de un APPRI. México-China*. VIII. *Capítulo XI del TLCAN en materia de inversiones*. IX. *Cifras de Inversión Directa en México*. X. *Conclusión*. XI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

LA INVERSIÓN EXTRAJERA (IE) es un factor importante que contribuye al desarrollo del país, posibilita la estabilidad de variables macroeconómicas, la modernización de empresas nacionales y extranjeras, así como la transferencia de tecnología y generación de empleos. El marco legal de la inversión extranjera en México se integra por la Constitución federal, las leyes federales y los tratados internacionales, según lo marca el artículo 133 constitucional. En forma paralela, a la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), se hicieron las adecuaciones de la Ley de Inversión Extranjera (LIE) con un fuerte corte neoliberal, estableciendo un régimen abierto a la Inversión Extranjera Directa (IED). Eso no quiere decir que no existan algunas limitaciones, ya que restringe ciertos sectores y establece algunos límites de tipo horizontal. Aunque la LIE es de extensión corta, su efecto e impacto en la economía nacional son trascendentales, pues dicho ordenamiento condiciona y dirige sectores significativos de la economía nacional. Asimismo, algunas de sus disposiciones, sencillas en apariencia, tienen un trasfondo legal que merece atención especial.

II. DEFINICIÓN DE “INVERSIÓN”

La UNCTAD¹ señala que no existe un concepto único, estático, de lo que constituye la inversión extranjera (IE). El concepto ha cambiado a través de los años, debido principalmente a la dinámica del comercio internacional, a la globalización y el nuevo orden jurídico internacional. Se entiende a la IE como el intercambio de capitales, de un país externo hacia México para el establecimiento de empresas en territorio nacional. Tradicionalmente se han

¹ NACIONES UNIDAS, *Alcance y Definición*, Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales nacionales en materia de inversión, p. 7.

distinguido dos categorías de inversión: La inversión directa es cuando la cuota o porcentaje de propiedad adquirida por el inversionista es suficiente para tener el control de la empresa y le concede derechos de administración u otra clase de rentas (derechos corporativos, de control y gestión), mientras que la inversión indirecta simplemente otorga al inversionista un rendimiento o beneficio específico por la tenencia de acciones (portafolios). A este tipo de inversionista sus intereses se centran particularmente en la seguridad de su capital, la probabilidad de que aumente de valor y el rendimiento que obtendrá, según los plazos pactados y evalúa las perspectivas que pueden verse afectadas por la evolución a corto plazo de los mercados financieros.

La LIE no contiene precepto alguno que determine con precisión el concepto de inversión extranjera, ya que el artículo II establece:

II. Inversión extranjera: *a)* La participación de inversionistas extranjeros, en cualquier proporción, en el capital social de sociedades mexicanas; *b)* La realizada por sociedades mexicanas con mayoría de capital extranjero; y *c)* La participación de inversionistas extranjeros en las actividades y actos contemplados por esta Ley.

La inversión extranjera incluye las inversiones de algunos “inversionistas mexicanos”, técnicamente hablando. Nuevamente, es importante recordar que la nacionalidad de las personas morales se define por su lugar de constitución y no por el origen de capital. La relevancia práctica es mayor, tomando en cuenta que las restricciones de los artículos 7 al 9 de la LIE aplican a la “inversión extranjera” y no al “inversionista extranjero”. De otro modo, se podría eludir fácilmente el espíritu de dichas restricciones; por lo que bastaría que un extranjero canalizara su inversión a través de una sociedad mexicana. La técnica jurídica de la definición de la “inversión extranjera” no es la mejor. Parecieran existir tres tipos, pues hay tres incisos, cuando realmente, estamos hablando de sólo dos: la que realizan los inversionistas extranjeros y la que realizan las sociedades mexicanas con mayoría de capital extranjero. Los incisos *a)* y *c)* pueden fusionarse, pues se refieren al mismo concepto; por lo que debió haberse utilizado el mismo sentido que en el inciso *b)*, que no distingue entre tipos específicos de inversión (en capital o en actividades económicas). Por último, el inciso *c)* se refiere a “las actividades y actos contemplados en esta ley”, lo cual es confuso, pues pareciera limitarse a la lista de sectores específicos de los artículos 7 y 8. Realmente no es así; la frase se refiere a todo tipo de actividad, lo cual se puede inferir

del principio de apertura sectorial del artículo 4 de la LIE. En conclusión, realmente son dos tipos de “inversión extranjera”: la que realizan, sea en capital o directamente en cualquier actividad económica, un “inversionista extranjero” o una sociedad mexicana con mayoría de capital extranjero.

III. RÉGIMEN JURÍDICO NACIONAL

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), en su artículo 73° XXIX-F se establece la facultad que tiene el Congreso de la Unión para emitir leyes acerca de la inversión extranjera en nuestro país, por lo que ni los estados de la Federación tienen competencia legal para legislar respecto a la IE. Sin embargo existen algunas tesis que no dicen lo mismo y algunos casos que demuestran lo contrario. El artículo 25 constitucional contiene matices de la IE en cuanto a que las actividades de inversión tienen su origen en lo referente a la rectoría del desarrollo económico del país:

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución. Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.

Ni duda cabe que la fracción I del artículo 27 de nuestra Carta Magna, es la base jurídica fundamental de la IE, toda vez que indica y define con suma precisión la propiedad que pueden adquirir los extranjeros en el territorio nacional:

Sólo los mexicanos por nacimiento o naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus acciones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. 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 aquellos, bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una franja de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50

en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

Esto se fortalece jurídicamente, cuando se invoca el artículo 28 constitucional, el cual en su cuarto párrafo señala:

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución. El Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.

La LIE se ha reformado en diversas ocasiones, la más reciente fue del 20 de agosto de 2008. Los aspectos más relevantes se refieren a la definición del concepto de inversión extranjera y la determinación de cinco tipos de actividades económicas:

1. *Exclusivas de la inversión estatal.* Son las que describe el artículo 28 constitucional, donde destacan el petróleo y demás hidrocarburos, petroquímica básica, electricidad, entre otros.
2. *Inversión reservada.* El artículo 6 de la LIE establece una lista de actividades que están “reservadas a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros”: transporte terrestre nacional de pasajeros, turismo y carga, sin incluir los servicios de mensajería y paquetería; comercio al por menor de gasolina y distribución de gas licuado de petróleo; servicios de radiodifusión y otros de radio y televisión, distintos de televisión por cable; instituciones de banca de desarrollo, en los términos de la ley de la materia y la prestación de los servicios profesionales y técnicos que expresamente señalen las disposiciones legales aplicables.²

² Reforma a las fracciones I, II y III del artículo 32 (DOF 23-01-98). Esta reforma básicamente incluyó como sujetos de inscripción a las sociedades donde participen mexicanos que posean o adquieran otra nacionalidad y tengan su domicilio fuera de territorio nacional, o a

Al respecto, es conveniente recordar que el término “mexicano” se refiere a una persona física de nacionalidad mexicana, misma que, según la Constitución, se adquiere por nacimiento (vía *jus soli* o *jus sanguinis*) o naturalización. Es irrelevante si un individuo posee la doble nacionalidad, mientras una de éstas sea la mexicana. Si bien, las sociedades mexicanas deben contar con la “cláusula de exclusión de extranjeros”, misma que la LIE define como “el convenio o pacto expreso que forme parte integrante de los estatutos sociales, por el que se establezca que las sociedades de que se trate no admitirán directa ni indirectamente como socios o accionistas a inversionistas extranjeros, ni a sociedades con cláusula de admisión de extranjeros”. Como se observa, esta cláusula se interpreta como un impedimento para cualquier tipo de participación extranjera, sea directa o indirecta, pero también implica negar la participación de las empresas mexicanas con 100% de capital nacional.

Además, se violenta el marco normativo cuando se extiende la participación extranjera en el manejo de una sociedad mexicana, conforme a lo que establece el último párrafo del artículo 6: “la inversión extranjera no podrá participar... 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.*” (inversión neutra).

3. *Regulación específica (porcentajes máximos).* De conformidad al artículo 7 de la LIE hasta el 10% en sociedades cooperativas de producción; hasta el 25% en transporte aéreo nacional, transporte en aerotaxi y transporte aéreo especializado. Hasta el 49% en instituciones de seguros; instituciones de fianzas; casas de cambio; almacenes generales de depósito; sociedades a las que se refiere el artículo 12 *bis* de la Ley del Mercado de Valores; administradoras de fondos para el retiro; 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; impresión y publicación de periódicos para circulación exclusiva en territorio nacional; acciones serie “T” de sociedades que

éstos últimos, cuando realicen de forma habitual actos de comercio en México. Esta reforma vino poco después de que nuestra legislación reconoció la doble nacionalidad.

tengan en propiedad tierras agrícolas, ganaderas y forestales; pesca en agua dulce, costera y en la zona económica exclusiva, sin incluir acuacultura; administración portuaria integral; servicios portuarios de pilotaje a las embarcaciones para realizar operaciones de navegación interior en los términos de la ley de la materia; 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; suministro de combustibles y lubricantes para embarcaciones y aeronaves y equipo ferroviario y, sociedades concesionarias en los términos de los artículos 11 y 12 de la Ley Federal de Telecomunicaciones.³

4. *Conforme a resolución de la comisión nacional de inversiones extranjeras.* Servicios portuarios a las embarcaciones para realizar sus operaciones de navegación interior, tales como el remolque, amarre de cabos y lanchaje; sociedades navieras dedicadas a la explotación de embarcaciones exclusivamente en tráfico de altura; sociedades concesionarias o permisionarias de aeródromos de servicio al público; servicios privados de educación preescolar, primaria, secundaria, media superior, superior y combinados; servicios legales; sociedades de información crediticia; instituciones calificadoras de valores; agentes de seguros; telefonía celular; construcción de ductos para la transportation de petróleo y sus derivados; perforación de pozos petroleros y de gas, y construcción, operación y explotación de vías férreas que sean vía general de comunicación, y prestación del servicio público de transporte ferroviario.⁴

³ Derogación de la fracción vi del artículo 5 (DOF 07-06-1995). Con la reforma al artículo 28 constitucional (DOF 02-03-1995) y la nueva Ley Federal de Telecomunicaciones (LFT), el sector telecomunicaciones fue privatizado. Con ello se derogó la fracción vi del artículo 7. Desde la vigencia de la reforma hasta el 24 de diciembre de 1996, el sector no tuvo regulación específica en materia de IED (lo que significaba estaba abierto), para finalmente quedar sujeto al régimen del artículo 7, con un tope de 49%.

⁴ Derogación de la fracción x del artículo 5 y reforma de la fracción iv del artículo 7 (DOF 12-05-1995). Con la reforma al artículo 28 constitucional (DOF 02-03-1995) y la nueva Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario (LRSF), el sector ferroviario fue privatizado. Con ello se derogó la fracción x del artículo 7. Aunque no fue hasta el 24 de diciembre de 1996 cuando la LIE sujetó al sector al régimen del artículo 8 (donde la IED puede participar mayoritariamente con el aval de la CNIE), la LRSF estableció desde el inicio dicho límite. Cabe señalar que lo anterior aplica únicamente para la prestación del servicio público de transporte

Tal como se ha señalado, la IEI, de portafolio o de cartera, se lleva a cabo a través del mercado de valores o de deuda. Se concreta mediante la compra de valores en las diferentes modalidades que emiten las empresas o el gobierno, este último lo hace a través del Banco de México. Dichos valores se comercializan en las diferentes casas de bolsa y le otorgaran al extranjero una utilidad o ganancia, las cuales dependen de diversos factores como el valor adquirido, el plazo y la tasa de interés establecida, así como las utilidades que reciba la empresa. La IEI, aporta recursos que permiten, tanto a las empresas como a los gobiernos, financiar proyectos productivos y de desarrollo, que generan empleos y riqueza. Es importante mencionar que la compraventa en el mercado de valores se realiza con diferentes divisas. Esta reforma abrió a la IED las sociedades controladoras de grupos financieros, instituciones de banca múltiple, casas de bolsa y especialistas bursátiles, previamente sujetas a un tope de 49% (originalmente el tope para estas actividades era de 30%, mismo que pasó a 49%, para finalmente desaparecer).

5. *Libres a la inversión extranjera*. Son las que no son mencionadas en las tres anteriores categorías.

IV. TRES CASOS ESTRATÉGICOS DE IE

1. *Petróleo*

Según la Constitución, en todas las fases del petróleo, no puede existir inversión directa. Sin embargo, ello no quiere decir que no haya espacios de negocio. Petróleos Mexicanos realiza un sin número de sus actividades a través de la contratación de servicios de compañías privadas, principalmente extranjeras (son las que tienen la solvencia económica y *know-how* para proyectos de envergadura). Estos contratos se licitan públicamente y comprenden desde la realización de estudios geológicos hasta la perforación misma de pozos petroleros y de gas. Desde una interpretación jurídica, esto va en contra de lo dispuesto en la propia Constitución, que expresamente prohíbe las “concesiones y contratos”. Concesiones no las hay, pero contratos sí, y muchos, como los “contratos-riesgo” o “de riesgo compartido”, en virtud de los cuales el contratista se lleva un porcentaje del recurso extraído del

ferroviario y para la construcción, operación y explotación de vías férreas que se constituyan en vías generales de comunicación.

subsuelo. Esto en franca oposición a lo que la propia Constitución especifica respecto a que “la Nación llevará a cabo la explotación de esos productos *en los términos que señale la ley reglamentaria respectiva*”.⁵

La realidad es que desde hace muchos años, y ahora más que nunca, el sector privado participa activamente en el sector petrolero a través de contratos de servicios, que conforme a la ley o tratados aplicables, deben ser adjudicados a través de un proceso de licitación. Pero en ningún momento dichos contratos podrán ser formas encubiertas de una concesión o “contrato-riesgo”, sino meramente contratos de servicios por los que se paga una remuneración en efectivo.

2. *Electricidad*

El artículo 27 Constitucional establece que “corresponde exclusivamente a la Nación generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de un servicio público”. Esta industria constituye también una “área estratégica” en términos del artículo 28 de nuestra Constitución. Nuevamente, la LIE únicamente incorpora el régimen constitucional en la fracción III del artículo 5. No obstante, contrario a lo que sucede con la industria petrolera, la ley secundaria, en este caso la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica (“Ley de Electricidad”) reduce el monopolio, al establecer ciertas categorías que “no se consideran servicio público”, y que por ende, no caen dentro del monopolio estatal. Al no estar dichas figuras reguladas por la LIE, quedan abiertas de forma total y automática a la IED, aunque exista el impedimento constitucional.

3. *Transporte terrestre nacional de pasajeros, turismo y carga*

En este sector, existe desde la promulgación de la LIE, en el artículo sexto transitorio los porcentajes de la IED dentro de las actividades del servicio transfronterizo de pasajeros, turismo y carga como una excepción a la misma, para estar en consonancia con el TLCAN en tres etapas: 18 de diciembre

⁵ En este orden de ideas, el artículo 6 de la Ley del Petróleo establece que PEMEX podrá celebrar con personas físicas o morales los contratos de prestación de servicios que la mejor realización de sus actividades requiera, siempre que se paguen en efectivo y quedando prohibidos pactos por los cuales se conceda por el servicio prestado un porcentaje en los productos o participaciones en los resultados de las explotaciones.

de 1995 (49%); 1 enero del 2001 (51%); y el 1 de enero del 2004 con un 100%.

La reserva de la LIE es una auténtica contradicción jurídica, que trata de legitimar la incorporación del TLCAN causando efectos derogatorios a nuestra ley nacional para ajustarse a esos compromisos internacionales. La redacción es confusa porque aparenta que liberaliza el servicio internacional de carga (es decir, el transfronterizo) junto con el de carga internacional (que puede darse a través de recorridos locales), que tiene otra conceptualización y que está reservada a mexicanos bajo el término de “cabotaje”. Pero si se sigue en esa línea de acción, el texto termina en un absurdo, pues el servicio no puede ser internacional o transfronterizo si se realiza “entre puntos del territorio de México”. Congruente con la liberalización prevista en el TLCAN, este transitorio debe referirse al servicio de “carga internacional”. Es decir, el término “nacional” califica el servicio, y el internacional la “carga”.

Es increíble que la legislación nacional este mal redactada con serias limitantes jurídicas, mientras que el TLCAN distingue entre transporte de “carga internacional” y transporte de “carga doméstica” (lo que no hace la Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal y confusamente la LIE). La primera actividad, expresamente, quedó abierta a la inversión extranjera, mientras que la segunda está reservada a mexicanos o sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros. El propio TLCAN define la “carga internacional” como “bienes que tienen su origen o destino fuera del territorio de una Parte”. Es importante no confundir el transporte de carga internacional (que califica la carga) con el transporte internacional de carga o “transfronterizo” (que califica al servicio).⁶

El más importante de estos servicios, por su impacto económico, es el de carga, que se define como el “el porte de mercancías que se presta a terceros en caminos de jurisdicción federal”. La LIE expresamente excluye el servicio de “paquetería y mensajería”, que está abierto totalmente a la IED. Este último servicio se define como “el porte de paquetes debidamente envueltos y rotulados o con embalaje que permita su traslado y que se presta a terceros en caminos de jurisdicción federal”.

⁶ FAYA RODRÍGUEZ Alejandro, académico de la Maestría de Derecho de los Negocios Internacionales de la Universidad Iberoamericana y en la División de Estudios de Posgrado de Derecho de la UNAM. Al continuar con el tema “Inversión extranjera en paquetería, mensajería y transporte de carga: ¿resistencia o Estado de Derecho?”

Las consecuencias legales dependen de que un sector está reservado y el otro abierto, ya que no es suficiente aplicar el marco jurídico del autotransporte nacional a la mensajería y paquetería, dado que se encuentra regulada también por los tratados de la Unión Postal Universal. Todo esto dependerá de la instrumentación del reglamento que se encuentra en la víspera de aplicación.

V. INVERSIÓN NEUTRA

Conforme a lo establecido en el artículo 18 de la LIE, la inversión neutra es aquella realizada en sociedades mexicanas o en fideicomisos autorizados. La inversión neutra constituye un mecanismo para que las sociedades mexicanas atraigan recursos, lo cual permite la realización de sus proyectos de expansión o saneamiento financiero, sin que ello represente una pérdida de control de los inversionistas mexicanos, en la toma de decisiones de las sociedades donde participan.

Modalidades de Inversión Neutra

- Inversión Neutra representada por instrumentos emitidos por las Instituciones Fiduciarias.
- Inversión Neutra representada por Series Especiales de Acciones.
- Inversión Neutra realizada por Sociedades Financieras Internacionales para el Desarrollo.

Características de la Inversión Neutra

- No computa para determinar el porcentaje de inversión extranjera. Puede ser detenida por personas físicas o morales, ya sean mexicanas o extranjeras.
- Otorga derechos corporativos limitados, sin conceder a sus tenedores derechos de voto en Asambleas Generales Ordinarias.
- Otorga derechos pecuniarios a sus tenedores.

El último párrafo del artículo 7 dispone claramente que los límites para la participación de inversión extranjera sólo podrán ser rebasados a través del

mecanismo de inversión neutra. Es una redacción similar al artículo 6 de la LIE que restringe o limita en una primera instancia y *a posteriori* aprueba o autoriza, lo que representa una auténtica contradicción jurídica.

Bajo este esquema, la principal forma de participación indirecta sería la realizada a través de esquemas de “piramidación”, es decir, la inversión de una sociedad, en otra sociedad, a través de una sociedad intermedia. Así, por ejemplo, si una sociedad mexicana (que permita un 49% de IED) tiene distribuido su capital en un 49% por un extranjero y el restante 51% por una sociedad mexicana que a su vez tiene un 10% de IED, el esquema, bajo el párrafo justamente citado, sería ilegal. La sociedad en cuestión tendría IE directa en un 49%, más una indirecta de 5.1% (el 10% del 51%); cabe señalar que conforme a la LIE la inversión realizada por sociedades mexicanas con minoría de capital extranjero no se considera “inversión extranjera”. En este contexto, el total de la inversión sería 54.1%; bajo los términos de la LIE, cuyo límite sería “rebasado a través de esquemas de piramidación”. Entonces, es evidente que en la práctica puede darse el caso de que en algunas actividades sujetas al artículo 7, la IE total, directa e indirecta, puedan incluso llegar a límites cercanos al 100% bajo esquemas de piramidación de varios niveles, con el único requisito de que la IED no controle la sociedad mexicana. Esto quedaría subsanado a través de un esquema corporativo donde los accionistas extranjeros tengan derechos de voto limitados. En consecuencia, debe reconocerse que el esquema se presta a simulaciones jurídicas, a través de las cuales inversionistas extranjeros controlen actividades donde el control supuestamente debe quedar en manos de mexicanos (y donde la verificación es difícil, pero a todas luces ilegal).⁷

⁷ Se adiciona el párrafo tercero al artículo 4, se reforma el inciso x) de la fracción III del artículo 7, se deroga la fracción IV del artículo 7, se reforman las fracciones III, X, XI y se adiciona la fracción XII del artículo 8, se reforma la denominación del título segundo y del capítulo primero, así como la fracción I del artículo 10, se adiciona el artículo 10A, se reforma el párrafo segundo de los artículos 13 y 14, párrafo tercero del artículo 16, se adiciona el 16^a, se reforma la fracción II del artículo 17, se adiciona el 17^a, se adiciona el párrafo segundo del artículo 19, y se reforma el artículo 20, se deroga el artículo 21, se reforman los artículos 23 y 25 y la fracción IV del artículo 27 (DOF 24-12-1996). Este paquete de reformas: i. reflejó y ajustó el régimen vigente en los sectores ferroviario, aviación y telecomunicaciones; ii. permitió el esquema de piramidación sujeto a la condición del no control por parte de la IED; iii. a raíz de las reformas a diversas leyes en materia financiera, dejó sin efecto la posibilidad de que algunas entidades adquirieran instrumentos neutros; iv. reformó la operación de la CNIE e integró a la SEMARNAT en dicha entidad; v. mejoró en materia regulatoria los procedimientos administrativos relativos a la adquisición de bienes inmuebles y fideicomisos, socie-

VI. RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL

Según el Banco Mundial,⁸ son seis los factores determinantes que detonan la IED: i. Mercado; ii. Costos; iii. Recursos Naturales; iv. Infraestructura v. Marco Político y; vi. Promoción. La liberalización del régimen de la inversión extranjera es parte de una reforma de políticas económicas que abarca también la liberalización del comercio. En el plano internacional, las disposiciones relativas al acceso de las inversiones extranjeras al mercado doméstico son el común denominador en los acuerdos internacionales de inversión. Sin embargo, no siempre establecen disposiciones uniformes que ofrezcan a inversionistas extranjeros derechos irrestrictos y absolutos para su admisión y establecimiento.

En los tratados internacionales en materia de inversión, ya sean en la forma de acuerdos de protección y promoción de las inversiones (APPRI's) o capítulos de inversión de tratados de libre comercio, se debe establecer de manera clara y precisa desde qué momento los estados se obligan a otorgar a los inversionistas y sus inversiones la protección consignada en tales acuerdos. En este caso el Estado debe establecer los términos y condiciones en el propio tratado respecto del derecho de preestablecimiento, establecimiento y post-establecimiento. Normalmente se determina que la inversión se debe admitir y establecer de acuerdo a las leyes, reglamentos y políticas internas del país receptor para gozar de la protección otorgada por el acuerdo, esto es, que no se concede un "derecho al establecimiento" sino sólo se otorgan derechos una vez admitida la inversión.

Los (APPRI's) son acuerdos bilaterales que pretenden crear un marco jurídico de reglas claras y transparentes sobre bases de reciprocidad, p a r a proteger los flujos de capital destinados al sector productivo. La negociación de APPRI's no es una tendencia nueva a nivel mundial ni ajena para los países en desarrollo y desarrollados. De 1959 a la fecha se han suscrito alrededor de 3000 acuerdos bilaterales de inversión entre países de diversos grados de desarrollo económico y orientación política. Al día de hoy, México tiene en vigor 28 APPRI's. Recientemente se firmó el APPRI con Singapur el cual se encuentra pendiente de ser aprobado por el H. Senado de la República.

dades, personas morales extranjeras e inversión neutra; se sustituyeron registros y permisos por avisos, se reguló el papel de la SRE en la adquisición de bienes inmuebles y obtención de concesiones, se estableció la *afirmativa ficta*, se disminuyeron plazos.

⁸ Análisis del Banco Mundial utilizando fuentes de UNCTAD. Tomado del *Investment Promotion Toolkit* del Multilateral Investment Guarantee Agency, 1999.

Los APPRI's son los acuerdos internacionales más frecuentes en materia de inversión, con algunas excepciones notables, en el plano jurídico, ya que no reconocen los derechos positivos de entrada y establecimiento a los inversionistas de la otra parte contratante. La práctica común adoptada por la mayoría de estos acuerdos en vigor, en lo relativo a la admisión y establecimiento de las inversiones, es de conformidad con sus leyes y reglamentos, así como en sus políticas de promoción y admisión de inversiones de inversionistas de la otra parte contratante, salvaguardando sectores estratégicos a la discrecionalidad del Estado.

VII. EJEMPLO DE UN APPRI. MÉXICO-CHINA

El Acuerdo contiene 32 artículos agrupados en cuatro capítulos que en su conjunto establecen las disposiciones sustantivas a las que tendrán que sujetarse las partes, los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado y Estado-Estado, y ciertas normas de carácter general que regirán la aplicación del Acuerdo, el cual contiene un anexo que forma parte del mismo.⁹

Como en todos los APPRI's suscritos por México, el Acuerdo define la inversión de manera amplia, tomando en cuenta que una inversión puede darse en muy variadas formas. La definición establece una lista exhaustiva de lo que se entiende por inversión, por ejemplo, la propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales; empresas y cualquier forma de participación en éstas. Se reconoce también como inversión a los instrumentos de deuda y préstamos a una empresa; a la participación que resulte del capital conforme a diversos contratos y a los derechos de propiedad intelectual e industrial. Cabe señalar que dichos activos deben ser adquiridos de conformidad con las leyes y regulaciones del país en donde se esté realizando la inversión. Es muy importante señalar que es el primer acuerdo suscrito por China en que se contempló una definición de inversión tan detallada, ya que la misma fue retomada de lo que México negoció en el TLCAN en el capítulo XI.

El Acuerdo no conlleva una apertura adicional a lo establecido en la legislación mexicana vigente, sus principios y disciplinas son aplicables única-

⁹ *Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones*. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de junio de 2009.

mente a la fase del post-establecimiento de la inversión. Esto significa que la admisión (*i.e.* establecimiento) de un inversionista en México y su inversión se llevarían a cabo conforme a lo establecido en la Constitución y en la legislación mexicana (artículo 2 del Acuerdo). Por lo tanto, no resultó necesario incluir un conjunto de reservas y excepciones a las disciplinas del APPRI, tal y como sucede en los TLC's suscritos por México, puesto que es en las leyes de la materia en donde se contemplan las restricciones específicas a la participación de capital extranjero de naturaleza privada.¹⁰

México y la República Popular de China se obligan a otorgar a los inversionistas y a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante un trato no menos favorable que el que otorgan, en circunstancias similares, a sus propios nacionales (trato nacional, TN). Además las Partes se comprometen a otorgar un trato de nación más favorecida (NMF); esto es, un trato no menos favorable que el que otorgan, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de terceros Estados.

Se otorgó un estándar de mínimo de trato¹¹ basado en el derecho internacional; incluidos el trato justo y equitativo así como protección y seguridad plenas. Esta postura fue congruente con la interpretación de la Comisión de Libre Comercio del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) de fecha 31 de julio de 2001¹² y con el sentido de la negociación respecto a esta obligación en los distintos APPRI's suscritos por México.

¹⁰ Por ejemplo, la Ley de Inversión Extranjera (LIE) establece las actividades económicas que están reservadas de manera exclusiva al Estado (artículo 5); aquellas que están reservadas de manera exclusiva a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros (artículo 6); las actividades y sociedades sujetas a límites máximos de participación (artículo 7) y las sujetas a resolución favorable de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (artículo 8). En este sentido, el APPRI aplicaría sin perjuicio de dicha Ley.

¹¹ Artículo 5. Nivel Mínimo de Trato.

1. Cada Parte...

2. Para mayor certeza, este artículo establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante. Los conceptos de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad plenas" no requieren un trato adicional que el requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional, o que vaya más allá de éste, como prueba de la práctica de los Estados y la opinión *juris*. Una resolución en el sentido de que se ha violado otra disposición del presente Acuerdo o de un acuerdo internacional distinto, no establece que se ha violado el presente artículo.

¹² Dicha interpretación del Tratado fue resultado del laudo emitido en el caso Metalclad Corp.

VIII. CAPÍTULO XI DEL TLCAN EN MATERIA DE INVERSIONES

Se establece un sistema mediante el cual inversionistas individuales o en representación de una empresa de la cual son propietarios o controlan, pueden reclamar ante un tribunal de arbitraje internacional violaciones por parte de un gobierno, empresas o monopolios estatales a las disposiciones del capítulo. En sus artículos 1102 (trato nacional) y 1103 (trato de la nación más favorecida) establece que cada una de las partes del tratado, otorgarán a los inversionistas y a las inversiones de otra parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas o a inversionistas e inversiones de un país que no sea parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.

El artículo 1108, (en concordancia con el artículo 1101) comprende el complejo esquema de reservas y excepciones a los artículos mencionados, con respecto a cualquier medida no compatible. Es de señalarse que como medida conforme al TLCAN debe entenderse cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica, de conformidad con el artículo 201 del propio acuerdo.

Así, el artículo 1108 del TLCAN contiene cuatro anexos relativos a inversión:

- Anexo I. Reservas en relación con medidas existentes y compromisos de liberalización. Incluye las medidas disconformes existentes de un país miembro del TLCAN. Por ejemplo, una ley que permite a un no nacional establecer una fábrica solamente si se exporta cierto porcentaje de producción, es contraria al artículo sobre requisitos de desempeño.
- Anexo II. Reservas en relación con medidas futuras. Establece la Lista de reservas de cada una de las Partes, con respecto a sectores, subsectores o actividades específicas para los cuales podrá mantener o adoptar medidas nuevas o más restrictivas que sean disconformes con las obligaciones impuestas.
- Anexo III. Actividades reservadas al Estado. Solamente México presentó sobre el derecho exclusivo de desempeñar y de negarse a autorizar el establecimiento de inversiones en las actividades establecidas en este listado.
- Anexo IV. Son excepciones al trato de nación más favorecida.

El artículo 1108 sobre reservas y excepciones, establece que los artículos sobre trato nacional, trato NMF, requisitos de desempeño y altos ejecutivos y consejos de administración no aplican a cualquier medida disconforme existente mantenida por un gobierno local.

El artículo 1110 del TLCAN contiene reglas sobre expropiación e indemnización en relación con los inversionistas. En esencia, dicho artículo dispone que 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 del propio artículo 1110.¹³

Existe poca literatura sobre el tema, destacando una investigación desde una perspectiva económica a nombre de Alejandro Posadas Urtusuástegui y Gustavo Vega Cánovas, sin embargo, esta carencia jurídica es colmada por José María Serna de la Garza, quien analiza desde un ángulo jurídico las controversias que ha tenido México al amparo del Capítulo XI, destacando el conflicto que se tuvo contra Metalclad Corp, donde se alegó que se habían violado las disposiciones relativa a las expropiaciones. Lo relevante de la investigación es la afirmación del autor de “que en virtud de las reglas del TLCAN antedichas, las entidades federativas, y aun los municipios, pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado mexicano”. De igual forma podríamos referirnos a los casos de Waste Management y el de Robert Azinian en los que las disputas han surgido a raíz de actos de gobierno de los niveles estatal y municipal.

En cuanto a la solución de disputas comerciales mediante arbitraje, pueden ser por: *a)* el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI); *b)* el Mecanismo Complementario del mismo CIADI; *c)* conforme a las Reglas de la CNUDMI. Para llevar una reclamación ante el CIADI es necesario ser parte del mismo, lo cual sólo los Estados Unidos son parte del Convenio y por lo tanto este foro no está disponible a los inversionistas dentro del TLCAN.¹⁴ Antes de recurrir a un tribunal arbitral, las partes, deben primero intentar resolver la disputa a través de las consultas o

¹³ SERNA DE LA GARZA, José María, *Legal and Constitutional Aspects of the Foreign Dimension of the Mexican Federal System. Integration and Trade*, México, IJJ-UNAM, 2004. Disponible en: www.bibliojuridica.org

¹⁴ Artículo 1118 del TLCAN.

la negociación.¹⁵ El inversionista que tenga una reclamación debe notificarla a la parte al menos 90 días antes de someterla a arbitraje.¹⁶ La notificación debe identificar al reclamante, la naturaleza de la reclamación, la base en la que se fundamenta la demanda y el remedio que se solicita. Una vez que un inversionista ha iniciado el procedimiento de arbitraje, no puede presentar la misma reclamación ante otro tribunal de cualquiera de los países miembros del TLCAN o ante cualquier otro mecanismo de resolución de disputas.¹⁷ La expresión del sometimiento al arbitraje y la renuncia a otros foros de resolución de disputas debe hacerse por escrito. Se establece un plazo de tres años como límite para presentar reclamaciones, plazo que inicia a partir de que el inversionista obtuvo o debió de obtener conocimiento de la violación y de los daños y perjuicios sufridos.

IX. CIFRAS DE INVERSIÓN DIRECTA EN MÉXICO

El monto de la IED total reportada para enero-septiembre de 2010 asciende a 14,362 millones de dólares (md), cantidad 47.3% mayor a la reportada en igual periodo de 2009 (9,750 md). De acuerdo con la fuente de la inversión, los 14,362 md de IED reportada en enero-septiembre de 2010 se integraron con 8,904.0 md (62.0%) de nuevas inversiones; 2,423.1 md (16.9%) de reinversión de utilidades; y 3,034.7 md (21.1%) de cuentas entre compañías. Los montos de IED correspondientes al periodo enero-septiembre de 2010, fueron realizados por 3,182 sociedades mexicanas con inversión extranjera directa en su capital social. Los 14,361.8 md de IED realizada y notificada en enero-septiembre de 2010 se canalizaron principalmente a la industria manufacturera que recibió el 60.7%; al comercio, el 16.8%; a servicios financieros, el 12.5%; a otros servicios, el 6.8%; y a otros sectores, el 3.2%. Asimismo, durante enero-septiembre de 2010, la IED provino principalmente de Holanda que participó con 52.0%, Estados Unidos de América, con 30.4%; España aportó 6.7%; Canadá, 3.4%; Brasil, 2.4%; y otros países, 3.7%.

¹⁵ Artículo 1119 del TLCAN.

¹⁶ Artículo 1121(3) del TLCAN.

¹⁷ PATIÑO MANFFER, Ruperto, "Algunos problemas derivados de la incorporación del derecho internacional al derecho nacional y la jerarquía de los tratados", en *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, 2007, vol III, núm. 5, julio-diciembre, pp. 16 y 17.

X. CONCLUSIÓN

En la operación a nivel interno existe una simulación legal, en el sentido de otorgar demasiada laxitud en la aplicación de la ley, en pro de una inversión que genere empleos, sin cumplir adecuadamente los requisitos legales. La complicidad de las autoridades con los intereses empresariales, contravienen el marco jurídico nacional, en detrimento de las entidades federativas que tendrían derechos implícitos en nuestra Constitución a negociar inversiones para incrementar el bienestar de su población. La capacidad de celebrar tratados no depende de la distribución de competencias; más bien atenta contra el concepto de división de poderes y el principio de conformidad del artículo 133 constitucional. Es evidente, que el Senado no ha ejercido la función que le corresponde conforme al artículo 76 fracción I para analizar la política exterior, lo que se ha traducido en firmar acuerdos internacionales que entran en contradicción con las leyes nacionales, sin olvidar que la LIE es inconstitucional en algunos aspectos, tomando como referencia el principio de legalidad y de competencia.

La tendencia de los instrumentos jurídicos de inversión mantiene la generalidad de obligaciones, falta de precisión y una pobre regulación del proceso arbitral, donde los laudos no están en armonía con nuestro marco constitucional y entran en conflicto con el artículo 104 constitucional, toda vez que no pueden compartir la naturaleza jurídica los tribunales arbitrales con los tribunales de la Federación. En contraste en el plano nacional, la inversión neutra en la LIE vino a flexibilizar el régimen de promoción de las inversiones, lo cual es benéfico desde una perspectiva económica, pero contradictorio desde un ángulo jurídico, por no decirlo inconstitucional. La proliferación de acuerdos bilaterales y regionales va en contra del multilateralismo, cuyo esquema de aplicación en materia de inversiones es prácticamente difícil de darse en el corto plazo y paliar los efectos nocivos del bilateralismo.

XI. BIBLIOGRAFÍA

CÁRDENAS GONZÁLEZ, Fernando Antonio, *Inversión Extranjera, Extranjeros y Sociedades*, Porrúa, 2005.

DUSSEL PETERS, Enrique, *Inversión extranjera Directa en México: Desempeño y Potencial*, México, Siglo XXI, UNAM-Facultad de Economía, 2007.

FAYA RODRÍGUEZ, Alejandro, *Inversión extranjera en paquetería, mensajería y transporte de carga: ¿resistencia o estado de derecho?*, México, Red Mexicana de Competencia y Regulación, CIDAC, 2010.

SERNA DE LA GARZA, José María, *Legal and Constitutional Aspects of the Foreign Dimension of the Mexican Federal System, Integration and Trade*, México, IIJ-UNAM, 2004.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Inversión Extranjera.

Ley reglamentaria del artículo 27 constitucional en el ramo del petróleo.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Hemerografía

PATIÑO MANFFER, Ruperto, “Algunos problemas derivados de la incorporación del derecho internacional al derecho nacional y la jerarquía de los tratados”, en *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, vol. III, núm. 5, julio-diciembre, 2007.

Internet

NACIONES UNIDAS, Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales nacionales en materia de inversión, Alcance y Definición, p. 7. Disponible: www.unctad.org.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, 5 de junio de 2009. Disponible en: www.dof.gob.mx.

VEGA CÁNOVAS, Gustavo, *El TLCAN: el punto de vista de México*. Disponible en: www.bibliojuridica.org.

VEGA CÁNOVAS, Gustavo, y POSADAS URTUSUÁSTEGUI, Alejandro, *El capítulo XI del TLCAN: Protección a la Inversión Extranjera*. Disponible en: www.bibliojuridica.org.