

Globalización económica, legislación de la inversión extranjera e integración económica

*Carlos Gómez Chiñas**
*Felipe de Jesús Padilla Aguilar***

Con la globalización disminuye el margen de maniobra de los Estados nacionales para lograr sus objetivos. Esto viene acentuado por la proliferación de Acuerdos de Libre Comercio como el TLCAN, donde se le da un trato preferencial a la inversión extranjera, con la creencia que de esta manera llegará de forma abundante a países necesitados de ella como es el caso de México.

Globalization decreases the manoeuvres edge from the National States to get its goals. This comes very emphasized because of the proliferation about the Free Trading Agreements like the TLCAN, where a special treatment is given to the foreign investment, with the belief that like this it will come at an abundant way to the countries in need of it like Mexico.

SUMARIO: Introducción. 1. Globalización económica. 2. Legislación mexicana sobre inversión extranjera. 3. El capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Conclusiones. Bibliografía

Introducción

En las últimas dos décadas, la inversión extranjera directa (IED) y las exportaciones han constituido dos piezas fundamentales del proceso de globalización en marcha. Así, la creciente integración mundial le ha dado un gran impulso a los flujos de IED y, por lo tanto, a la presencia de empresas transnacionales en la economía. Desde una perspectiva de estrategia empresarial, la creciente IED refleja la importancia de un segmento de la economía mexicana como parte de las estrategias globales de empresas extranjeras. (Dussel Peters, 2000:5)

* Profesor-investigador del Departamento de Economía de la Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco.

** Técnico académico titular del Departamento de Economía de la Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco.

Por lo que resulta de la mayor importancia entender cuáles son los determinantes de la estrategia de las empresas transnacionales para que el país pueda beneficiarse en la mayor medida posible de su actuación, partiendo del hecho de que con la globalización el margen de maniobra de los gobiernos para incidir en la inversión extranjera directa que se recibe es mínima pero no desaparece.

La visión de política económica que emana del Consenso de Washington sostiene que la apertura de los mercados domésticos a la competencia externa, el empujamiento del sector público y, principalmente, la disminución de la intervención gubernamental en la actividad productiva, en la formación de capital fijo, la distribución del ingreso y el financiamiento son condiciones para lograr la asignación eficiente de recursos y un desarrollo económico duradero. Sin embargo, la experiencia mexicana parece refutar el supuesto de que la simple libertad comercial y financiera basta para lograr la inserción dinámica en los mercados globalizados.

Una característica relevante de esta estrategia es la de colocar a la inversión extranjera directa como el agente fundamental del financiamiento del desarrollo y del proceso de transformación y modernización productiva. Esto es, se le considera la clave para una inserción dinámica de las economías en desarrollo en los circuitos globalizados de comercio y de producción. La capacidad de atraer inversión extranjera directa no depende tanto de ganar la carrera en el otorgamiento de subsidios u otro tipo de concesiones. Sus determinantes reales incluyen el tamaño y dinamismo del mercado interno, la proximidad geográfica a los centros mundiales, la solidez de la estructura institucional, la capacidad de los gobiernos de ser garantes confiables de los equilibrios internos, el grado de desarrollo expresado en la disponibilidad de fuerza de trabajo calificada, de infraestructura, de comunicaciones y servicios. El éxito de muchos países asiáticos parece atribuible a la apertura paulatina de mercados, complementada con acciones estatales que promueven fuertemente la inversión, la innovación tecnológica y el aumento de la productividad. (Ibarra, 2004: 5)

A partir de 1985, México inició un cambio de su estrategia de comercio exterior, la que lo ha llevado a ser una de las economías más abiertas en un tiempo relativamente breve. Dentro de esta estrategia, ocupan un papel relevante la adhesión de México al Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT), lo que le aseguraba credibilidad al proceso de apertura, y la negociación y firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC o NAFTA por su denominación en inglés), que garantizaba en cierta medida la irreversibilidad del proceso.

A partir del gobierno de Salinas, el elemento central de la estrategia de inserción de la economía mexicana en la economía global ha sido aumentar la captación de inversión extranjera directa (IED) y las exportaciones de manufacturas. Las políticas, tanto industrial como macroeconómica, fueron diseñadas para crear un clima propicio a la inversión extranjera. Uno de los elementos clave de esta estrategia ha sido la política de control de la inflación a través de altas tasas de interés, lo que ha generado también

un tipo de cambio apreciado, ocasionando un abaratamiento de las importaciones de insumos productivos.

La idea era que la IED incrementaría la competitividad del sector manufacturero, el cual a su vez estimularía la reestructuración industrial y el crecimiento de la economía mexicana en su conjunto.

Sin duda, la estrategia de integración ha conseguido muchos de sus objetivos, incluyendo flujos crecientes de inversión extranjera, así como incremento de la productividad y de las exportaciones manufactureras. Sin embargo, el gran crecimiento del sector manufacturero ha generado un persistente déficit comercial. Las exportaciones crecieron rápidamente pero las importaciones lo hicieron más rápidamente aún. La dependencia de las importaciones y el déficit comercial así generado sugieren que la estrategia de integración actual no puede ser financiera ni económicamente sostenible en el largo plazo.

Asimismo, la estrategia de integración, tanto global como regional, conducida por la IED, poco ha hecho para promover el desarrollo industrial sostenible en México. El crecimiento doméstico y la inversión se estancaron y, excepto por unos pocos “puntos brillantes”, los esperados “derrames”, la reestructuración industrial, la creación de empleos y las mejoras ambientales, no se materializaron. Apoyado fuertemente en el trabajo barato y las importaciones de bienes intermedios, el sector manufacturero foráneo permanece desconectado de la economía mexicana doméstica. (Gallagher y Zarsky, 2004: 4)

En el caso de México, la estrategia consistió fundamentalmente en una política pasiva de atracción de inversión extranjera, plasmada en la Ley de Inversión Extranjera (LIE) y en el capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). El objetivo del presente trabajo es resaltar la necesidad de un cambio en la legislación sobre inversión extranjera, especialmente en lo que se refiere a los acuerdos de libre comercio, a la luz de los resultados arrojados por la experiencia del TLCAN.

El trabajo se encuentra constituido por tres secciones. La primera aborda de una manera general el concepto de globalización económica, mientras que en la segunda sección se revisa la legislación mexicana sobre inversión extranjera. En la tercera sección se analiza el capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Finalmente se presentan algunas conclusiones.

1. Globalización económica

Uno de los temas más controvertidos de la actualidad es, quizás, el de la globalización.

Nuestro punto de partida será que, en sí, la globalización no es un fenómeno esencialmente novedoso. No obstante, el proceso de globalización iniciado desde media-

dos de la década de los setenta del siglo XX presenta características que lo distinguen de las anteriores oleadas de globalización.

Así, en los años cincuenta y sesenta el principal impulso provino del creciente comercio de bienes; durante los decenios de los setenta y ochenta el componente más dinámico fue la globalización de los mercados financieros, y a partir de mediados de los ochenta los componentes fundamentales fueron los flujos internacionales de inversión y tecnología. (Michalski, 1999: 415)

En el cuadro 1 se presentan algunas características relevantes de las distintas fases u oleadas de globalización. En él se distinguen tres fases: la primera abarca de 1870 a 1913 y se distingue por una gran movilidad de capital y mano de obra, junto con un auge comercial debido a la notable reducción de los costos de transporte, más que al libre comercio (CEPAL, 2002: 3); esta fase concluye con el inicio de la Primera Guerra Mundial.

La segunda fase se inicia con el fin de la Segunda Guerra Mundial y concluye en 1971-1973 con el fin de la convertibilidad del dólar con el oro y la primera crisis petrolera, y se caracterizó por una notable expansión del comercio de manufacturas entre países desarrollados y una limitada movilidad de capitales y mano de obra.

La tercera fase de globalización se consolidó en las dos últimas décadas del siglo XX y tiene entre sus rasgos distintivos la gradual generalización del libre comercio, la creciente presencia en el escenario mundial de empresas transnacionales que funcionan como sistemas internacionales de producción integrada, la expansión y la considerable movilidad de los capitales unida a la persistencia de las restricciones al movimiento de la mano de obra, y el acceso masivo a la información en tiempo real, gracias al desarrollo de tecnologías de información y comunicaciones. Cabe mencionar como algo sobresaliente en esta fase que, aunque la liberalización y la expansión del comercio mundial no se tradujeron en un crecimiento económico global más dinámico, el éxito de los distintos países sí ha estado estrechamente vinculado a una buena inserción en las corrientes de comercio internacional. (CEPAL, 2002: 35)

Algunos consideran que la globalización es un proceso beneficioso –una clave para el desarrollo económico futuro en el mundo–, a la vez que inevitable e irreversible. Otros la ven con hostilidad, incluso temor, debido a que consideran que suscita una mayor desigualdad dentro de cada país y entre los distintos países, amenaza el empleo y las condiciones de vida y obstaculiza el progreso social. (FMI, 2000: 1)

Por ejemplo, para Ramonet (1999:1), “la consecuencia de la globalización es la destrucción de lo colectivo, las esferas pública y social por el mercado y el interés privado. Actúa como una mecánica de selección permanente, en un contexto de competencia generalizada. Existe competencia entre el capital y el trabajo, pero como

los capitales circulan libremente y los seres humanos son mucho menos móviles, el capital siempre gana”, ya que si un país no le da un trato adecuado al capital éste dejará rápidamente a tal país mientras que el trabajo encuentra más trabas para migrar. En sentido contrario, Aninat (2002:4) afirma que: “La globalización, al proponer un futuro más brillante para todos, proporciona tal vez el camino más fiable para lograr mayor seguridad y paz en el mundo”.

Pero, ¿qué es la globalización? No hay una respuesta única a esta pregunta. A continuación se presentan algunas definiciones.

Para el FMI,

la globalización económica es un proceso histórico, el resultado de la innovación humana y el progreso tecnológico. Se refiere a la creciente integración de las economías de todo el mundo, especialmente a través del comercio y los flujos financieros. En algunos casos este término hace alusión al desplazamiento de personas (mano de obra) y la transferencia de conocimientos (tecnología) a través de las fronteras internacionales. La globalización abarca además aspectos culturales, políticos y ambientales. (FMI, 2000: 2)

De acuerdo con la definición anterior, la globalización implica una creciente integración de las diversas economías y de esta forma una mayor interdependencia.

Aunque en cierto sentido la globalización se caracteriza por el crecimiento más rápido de las variables económicas internacionales que de las nacionales y por el aceleramiento del cambio tecnológico en los países avanzados, el comercio internacional es sólo una entre muchas manifestaciones de la globalización. Otras son: el flujo transfronterizo de los factores de producción y el intercambio de activos, la adquisición de derechos jurídicos y los flujos internacionales de información y conocimientos.

Desde otra perspectiva, la globalización es vista más como un fenómeno microeconómico, conducido por las estrategias y el comportamiento de las corporaciones; aquí, la dinámica cambiante de la competencia global y la competitividad internacional –tanto entre firmas como entre países y regiones– constituyen el punto central del debate de política.

Desde esta perspectiva, la globalización puede también ser definida como el crecimiento de la actividad económica más allá de las fronteras regionales y nacionales políticamente definidas (Oman, 1994:33). Se manifiesta en el creciente flujo transfronterizo de bienes y servicios, vía comercio e inversión, y en menor medida de personas, vía migración.

Cuadro 1
Características de las fases de globalización

	<i>1870-1913</i>	<i>1945-1973</i>	<i>Desde 1974</i>
Movilidad de capital	Alta	Baja	Alta
Movilidad de mano de obra	Alta	Baja	Baja
Libre comercio	Limitado	Limitado	Alto
Instituciones globales	Inexistentes	Creación	Rezago
Instituciones nacionales	Heterogeneidad	Heterogeneidad	Homogeneización

Fuente: CEPAL, 2002, *Globalización y Desarrollo*, Síntesis, p. 4.

2. Legislación mexicana sobre inversión extranjera

La inversión extranjera está regulada por la Ley de Inversión Extranjera (LIE), publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 27 de diciembre de 1993 y reformada por decretos publicados en dicho *Diario* el 12 de mayo de 1995, el 7 de junio de 1995, el 24 de diciembre de 1996, el 23 de enero de 1998, el 19 de enero de 1999 y el 4 de junio de 2001.

La ley está constituida por ocho títulos, treinta y nueve artículos y once transitorios. Para precisar las disposiciones de la ley, existe el Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, publicado en el *DOF* el 8 de septiembre de 1998. El Reglamento consta de ocho títulos, cuarenta y nueve artículos y seis transitorios.

El objeto de la LIE es la determinación de reglas para canalizar la inversión extranjera hacia el país y propiciar que ésta contribuya al desarrollo nacional. Es preciso, en este punto, definir a la inversión extranjera. Definiremos en primer lugar a la inversión extranjera directa, que es el tipo de inversión que nos interesa analizar en este trabajo. En principio, Naciones Unidas considera como inversiones extranjeras directas aquellas que hacen los no residentes en un país con el objeto de obtener capacidad de decisión en la empresa receptora a través de una relación de largo plazo. Algunos autores han propuesto aproximar esa capacidad de decisión a través de la posibilidad de que el inversionista pueda nombrar algún miembro del consejo de administración de la empresa participada. El Fondo Monetario define como directas a aquellas inversiones extranjeras realizadas por una persona física o moral que consiga el diez por ciento de la propiedad de la empresa receptora residente. (Francisco J. Velásquez, 2003:290) En el Tratado de Libre Comercio de América del Norte este concepto abarca cualquier transferencia de recursos hacia el territorio de la otra parte; incluye, entre otros, la propiedad de la empresa, la participación accionaria, los préstamos entre compañías

matriz y subsidiaria, los instrumentos de deuda de una empresa, las participaciones en una empresa que permitan al propietario comprometerse en los ingresos o en las utilidades, la propiedad sobre bienes raíces, la participación que resulte de llevar a cabo contratos “llave en mano”. (Cardero, 1996:219)

Para los efectos de la ley, se considera inversión extranjera a:

- a) La participación de inversionistas extranjeros, en cualquier proporción, en el capital 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 contempladas por la LIE.

De acuerdo con el artículo 4, 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 la LIE.

Se puede decir, entonces, que excepto para las actividades reservadas, desaparecen las restricciones sectoriales y los requisitos de desempeño presentes en la ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera de 1973. Esta es una ley en línea con el Consenso de Washington de desregular y permitir el funcionamiento lo más libre posible de los mercados.

Las actividades reservadas están clasificadas en dos categorías:

- i) Actividades reservadas exclusivamente al Estado, que comprenden a las siguientes áreas: Petróleo y demás hidrocarburos; Petroquímica básica; Electricidad; Generación de energía nuclear; Minerales radioactivos; Telégrafos; Radiotelegrafía; Correos; Emisión de billetes; Acuñación de moneda; Control, supervisión y vigilancia de puertos, aeropuertos y helipuertos.
- ii) Actividades reservadas a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, que comprenden a las siguientes seis actividades: 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; Uniones de crédito; Instituciones de banca de desarrollo; Prestación de algunos servicios profesionales y técnicos.

En el artículo 7 se señalan las actividades y sociedades en las que la inversión extranjera puede participar, sujeta a determinados porcentajes:

1. Hasta el 10% en sociedades cooperativas de producción.
2. Hasta el 25% en transporte aéreo nacional, transporte en aerotaxi y transporte aéreo especializado.
3. Hasta el 49% en instituciones de seguros; instituciones de fianzas; casas de cambio; almacenes de depósito; arrendadoras financieras; empresas de factoraje financiero; sociedades financieras de objeto limitado (sofoles); 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 tengan en propiedad tierras agrícolas, ganaderas y forestales; pesca en agua dulce, costera y en la zona económica exclusiva, sin incluir acuicultura; administración portuaria integral; servicios portuarios de pilotaje a las embarcaciones para realizar operaciones de navegación interior; 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 la Ley Federal de Telecomunicaciones.

Sin embargo, en el artículo 9 se menciona que se requiere resolución favorable de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras 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. Esto explica, por ejemplo, el hecho que una sociedad financiera de objeto limitado como Hipotecaria Nacional haya sido adquirida por el grupo BBVA Bancomer. De esta forma, podríamos afirmar que excepto las actividades reservadas al Estado, en prácticamente todos los demás sectores se puede observar inversión extranjera en un porcentaje mayor al 49%.

En el artículo ocho se señalan las actividades económicas y sociedades en las que se requiere autorización de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras para que la inversión extranjera participe en un porcentaje mayor al 49%:

1. Servicios portuarios a las embarcaciones para realizar sus operaciones de navegación interior, tales como el remolque, amarre de cabos y lanchaje.



Podríamos afirmar que excepto las actividades reservadas al Estado, en prácticamente todos los demás sectores se puede observar inversión extranjera en un porcentaje mayor al 49 %.

2. Sociedades navieras dedicadas a la explotación de embarcaciones exclusivamente en tráfico de altura.
3. Sociedades concesionarias o permisionarias de aeródromos de servicio al público.
4. Servicios privados de educación preescolar, primaria, secundaria, media superior, superior y combinados.
5. Servicios legales.
6. Sociedades de información crediticia.
7. Instituciones calificadoras de valores.
8. Agentes de seguros.
9. Telefonía celular.
10. Construcción de ductos para la transportación de petróleo y sus derivados.
11. Perforación de pozos petroleros y de gas.
12. Construcción, operación y explotación de vías férreas que sean vía general de comunicación, y prestación del servicio público de transporte ferroviario.

La Ley de Inversión Extranjera de 1993 logró simplificar y eliminar las autorizaciones previas y los procedimientos sobre inversión extranjera, con lo cual se dio paso a la desregulación económica que permitiría la entrada al flujo de bienes, servicios y capitales procedentes del exterior. Entre los principales objetivos de la LIE

figura el establecimiento de normas claras sobre la regulación y admisión de la inversión extranjera al país, así como garantizar a aquellos países no miembros del TLCAN beneficios similares respecto de las áreas que fueron objeto de apertura a la inversión extranjera. (Von Wobeser, 2000:234)

A pesar de que el TLCAN establece beneficios importantes para los inversionistas extranjeros de los países miembros, la entrada en vigor de la LIE, con beneficios similares a los establecidos en el TLCAN, tuvo como objetivo ratificar la política mexicana de apertura a la inversión extranjera en general y no sólo a la procedente de sus socios del TLCAN. Un ejemplo adicional de esta política a favor de la inversión extranjera procedente de países que no son miembros del TLCAN, son los tratados bilaterales para la promoción recíproca de las inversiones (APRIS) que México tiene firmados con una gran variedad de países.

Los APRIS son tratados internacionales en materia de inversión extranjera, celebrados entre dos Estados con objeto de promover los flujos de capital y brindar a las inversiones de ambos países seguridad jurídica. Estos tratados también constituyen un medio eficaz para diversificar el origen de los flujos de la inversión extranjera directa (IED) hacia México, dando eficacia a la política de apertura y no discriminación en materia de inversión. Los APRIS transmiten un mensaje positivo, competitivo y de seguridad jurídica a los inversionistas de países altamente exportadores de inversión productiva hacia México, o con los que se desea incrementar los flujos de IED. Los APRIS incorporan varios principios a través de los cuales se busca proteger a la inversión en el territorio de cualquiera de las partes. Dichos principios son los relativos al trato a la inversión (trato nacional y de nación más favorecida), transferencias, expropiación e indemnización y los mecanismos para la solución de controversias. Los países con los que México tiene firmados APRIS son los siguientes: Alemania, Argentina, Austria, Corea del Sur, Cuba, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Portugal, República Checa, Suecia, Suiza; habiéndose concluido las negociaciones con Australia e Islandia. (López y Posadas, 2006:306)

En este mismo sentido, México ha firmado acuerdos de libre comercio e inversión con otros países, tanto del Continente Americano como de otros continentes. Entre éstos destacan los firmados con la Unión Europea y con Japón.

3. El capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)

Hace un poco más de doce años, después de un encendido debate, entró en vigencia el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) entre Estados Unidos, Canadá y México. Se puede decir que el TLCAN fue uno de los primeros acuerdos de

nueva generación en el sentido que no sólo comprende reglas para liberalizar el flujo de bienes entre las partes contratantes sino que comprende temas anteriormente no incluidos en los acuerdos de libre comercio tales como el tratamiento a la inversión, el respeto a los derechos de la propiedad intelectual, por mencionar los temas más relevantes. El Tratado establece los derechos de los inversionistas extranjeros dentro de los países del TLCAN respecto de la adquisición, propiedad y operación de las amplias categorías de inversiones comprendidas en la definición del TLCAN, y restringe la capacidad de los gobiernos de legislar y aplicar las normas a los inversionistas y sus inversiones. (Bottari y Wallach, 2005:12)

La relevancia de los derechos de los inversionistas extranjeros ha aumentado de manera importante en los últimos tres lustros. Existe la creciente preocupación de que los derechos corporativos, diseñados para promover la inversión extranjera, estén invadiendo el ámbito de las políticas de desarrollo. Precisamente, el capítulo XI del TLCAN constituye una de las causas fundamentales de esta preocupación. Dicho capítulo contempla los derechos de los inversionistas extranjeros y de los gobiernos de México, Canadá y Estados Unidos, y es particularmente significativo porque está siendo utilizado como modelo para la elaboración de diversos tratados sobre inversión, tanto bilaterales como regionales. El capítulo XI otorga a los inversionistas unas garantías no reflejadas previamente en acuerdos anteriores. (OXFAM, 2002:234)

El capítulo XI del TLCAN establece las normas aplicables a la inversión extranjera en el territorio de los tres Estados contratantes y tiene como propósito liberalizar y proteger a la inversión y a los inversionistas de los tres países. Se incluyen en la categoría de liberalización los acuerdos alcanzados en materia de trato nacional, trato de nación más favorecida, requisitos de desempeño y los principios acordados respecto de la alta dirección y los consejos de administración, así como la apertura de nuevas áreas y sectores a la inversión extranjera. En lo que se refiere a la protección, se estableció el concepto de trato mínimo, la libertad para realizar transferencias de capitales relacionadas con la inversión y las compensaciones que deberán cubrirse en caso de expropiación. Asimismo, incluye un aspecto adicional de protección que se refiere al mecanismo de solución de controversias creado en relación con las disputas que puedan presentarse entre un nacional de una de las partes y el Estado, ante una acción de este último que afecte los intereses del primero. (Cardero, 1996:218)

El capítulo XI del TLCAN incluye reglas aplicables a los inversionistas de los tres países, a sus inversiones, y a las provenientes de fuera de la región, siempre y cuando estas últimas realicen actividades empresariales sustantivas dentro de la misma.

El capítulo se rige por los siguientes principios fundamentales:

1. Trato nacional (artículo 1102). Cada una de las partes otorgará a los inversionistas de otra parte un trato no menos favorable que el que otorgue en circunstancias similares a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento,

adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.

2. Trato de nación más favorecida (artículo 1103). Cada una de las partes otorgará a los inversionistas de otra parte trato no menos favorable que el que otorgue en circunstancias similares a los inversionistas de cualquier otra parte o de un país que no sea parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.

Cada una de las partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra parte un trato no menos favorable que el que otorgue en circunstancias similares a las inversiones de inversionistas de cualquier otra parte o de un país que no sea parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.

3. Nivel de trato (artículo 1104). Cada una de las partes otorgará a los inversionistas de otra parte así como a sus inversiones el mejor de los tratos requeridos por los artículos 1102 y 1103.
4. Nivel mínimo de trato (artículo 1105). Este es uno de los criterios más relevantes en el análisis del impacto de las políticas nacionales para crear un clima y régimen favorable a la inversión. El nivel mínimo de trato en materia de inversión se ha expresado a través de dos estándares diferenciados. Por un lado el que se conoce como el criterio de trato justo y equitativo y, por otro, el que se conoce como el criterio de protección y seguridad plenas. Así, en este artículo se menciona que cada una de las partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra parte trato acorde con el derecho internacional incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.
5. Requisitos de desempeño (artículo 1106). Como condición para aprobar la inversión u otorgar un incentivo, los gobiernos no impondrán requisitos de desempeño. Por ejemplo, no se podrá obligar a los inversionistas a exportar un determinado porcentaje de la producción; a alcanzar cierto grado de contenido doméstico; a adquirir ciertos bienes y servicios generados en un territorio, ni a atar el valor de las importaciones a requisitos de balanza de pagos. Esto es con el fin de evitar distorsiones en el comercio. (Herminio Blanco, 1994: 207)

Sin embargo, desde otra perspectiva, lo que se logra con la prohibición de requisitos de desempeño es restarle al Estado márgenes de maniobra para alcanzar sus objetivos de desarrollo. La argumentación contra estos requisitos de desempeño es débil, pero es la más reciente recomendación de los economistas para, supuestamente, evitar ineficiencias. Asimismo, se argumenta que muchas veces no se cumplen los objetivos de establecer requisitos, como, por ejemplo, la intención de asegurar una adecuada transferencia de tecnología. No obstante, por qué dos partes, gobierno e inversionista, no pueden llegar a un acuerdo de obligaciones del gobierno pero

además de responsabilidades y compromisos de la empresa, se mantiene como una pregunta abierta, particularmente cuando puede cumplir una función importante para generar una estrategia alternativa de desarrollo. En cualquier caso, la prohibición de estos requisitos se encuentra detrás de la filosofía tanto de estos acuerdos como de la Organización Mundial de Comercio. (Pizarro, 2003:6) Aunque cabe mencionar que las disposiciones en este tema van mucho más allá de lo contemplado por la OMC.

6. Expropiación e indemnización (artículo 1110). 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, salvo que sea por causa de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias, con apego al principio de legalidad, mediante indemnización al justo valor de mercado y deberá ser pagada sin demora. Aunque la Constitución siga utilizando un criterio como el del pago del valor fiscal registrado en el Catastro (artículo 27, fracc. VI), el Estado mexicano ha asumido un compromiso de indemnización superior a aquél ya que el criterio constitucional debe entenderse como un mínimo que no afecte los derechos de la persona a quien se le expropie su propiedad y, por lo tanto, lo que se otorgue por encima de ese mínimo seguirá siendo constitucional. (Von Wobeser, 2000:244)

En el capítulo XI del TLCAN se exige a los países signatarios que proporcionen amplios derechos y privilegios a los inversionistas extranjeros, otorgándoles el poder de hacer valer estos derechos en el ámbito privado y de reclamar a los gobiernos la indemnización en efectivo por los daños y perjuicios originados en acciones de éstos, que a juicio de los inversionistas extranjeros violen los privilegios consagrados en el TLCAN. Estos casos se deciden ante tribunales arbitrales privados “inversionista-Estado”, que funcionan fuera de los sistemas judiciales nacionales, pero se pueden exigir y obtener millones de dólares de los contribuyentes por concepto de indemnizaciones. Estas reglas del TLCAN otorgan a las empresas extranjeras mayores derechos que los que tienen las empresas nacionales en el marco de la legislación doméstica. (Bottari y Wallach, 2005:12)

Se puede afirmar, entonces, que el capítulo XI ha proporcionado a las corporaciones una poderosa herramienta con la cual abrir brecha en las regulaciones nacionales. Esto implica una amenaza al derecho soberano de los gobiernos de proteger a sus consumidores y su entorno, así como el desarrollo de sus industrias nacionales. Algunas compañías han hecho uso del sistema legal del TLCAN para atacar un amplio abanico de políticas reguladoras. En este contexto, el concepto de expropiación ha sido ampliado para que dé cabida a casi cualquier acción que obstruya la búsqueda

del beneficio. El propio sistema de tribunales del TLCAN concede a las compañías unos derechos de los que no disfrutaban con anterioridad, ya que las capacita para demandar directamente a los gobiernos. (OXFAM, 2002:234)

Se ha descrito al capítulo XI del TLCAN como una “invención legal extraordinaria”, en gran parte porque otorga a los inversionistas extranjeros derechos significativamente mayores que los que disfrutaban las empresas nacionales. En primer lugar, la protección que supone la inmunidad soberana –ese antiguo principio del derecho consuetudinario según el cual los gobiernos no pueden ser demandados por cierto tipo de actividades– no se aplica en el sistema de tribunales privados inversionista-Estado. Eso significa que los inversionistas extranjeros a menudo están legalmente habilitados para iniciar acciones judiciales demandando el pago de indemnizaciones en efectivo por la aplicación de políticas nacionales, estatales y municipales en circunstancias en las que los residentes y las empresas nacionales no tendrían ese derecho. En segundo lugar, el modelo TLCAN exige a los gobiernos signatarios que proporcionen al inversionista extranjero una variedad de derechos sustantivos que exceden los que tienen las empresas nacionales en función de la legislación nacional. Si no recibe este trato, el inversionista puede demandar a los gobiernos por incumplimiento y exigir el pago en efectivo por daños y perjuicios por la violación de sus derechos. Muchas de las demandas presentadas por inversionistas extranjeros ante los tribunales arbitrales del TLCAN serían desestimadas en el marco de las leyes nacionales de los países del TLCAN. (Boltari y Wallach, 2005: 13)

Conclusiones

Con la globalización disminuye el margen de maniobra de los Estados nacionales para lograr sus objetivos. Esto viene acentuado por la proliferación de acuerdos de libre comercio como el TLCAN, donde se le da un trato preferencial a la inversión extranjera, con la creencia que de esta manera llegará de forma abundante a países necesitados de ella como es el caso de México.

Está demostrado que una política de puertas abiertas a la inversión extranjera, como la seguida por el gobierno mexicano, no es la mejor forma de aprovechar los beneficios de ésta.

En la medida en que se vayan haciendo mayores concesiones a la inversión extranjera, se irá reduciendo el margen de maniobra de las políticas nacionales para lograr objetivos prioritarios de política que contribuyan a un mayor nivel de bienestar social, que es, o debiera ser, en última instancia, el principal objetivo de la política económica.

Por lo anterior, sería recomendable la eliminación en acuerdos futuros del sistema inversionista-Estado. Las disputas comerciales generadas bajo los términos de los acuerdos internacionales entre naciones deben ser atendidas por los propios gobiernos en una relación Estado-Estado.

Bibliografía

- ANINAT, Eduardo (2002), "Cómo enfrentar los desafíos de la globalización", *Finanzas y Desarrollo*, marzo.
- BLANCO MENDOZA, Herminio (1994), *Las negociaciones comerciales de México con el mundo*, FCE, México.
- BOTTARI, Mary y Lori Wallach (2005), *Capítulo 11 del TLCAN y los litigios de inversionistas contra Estados*. Lecciones para el Tratado de Libre Comercio de Centroamérica. Public Citizen, Washington, D. C.
- CARDERO, María Elena (1996), "Inversiones en el TLC y otros foros multilaterales", en Cardero, María Elena (comp.), *Qué ganamos y qué perdimos con el TLC*, Siglo XXI Editores, México.
- CEPAL (2002), *Globalización y desarrollo*, Síntesis. CEPAL, Santiago de Chile.
- DUSSEL PETERS, Enrique (2000), *La inversión extranjera en México*, Serie Desarrollo Productivo 80, CEPAL, Santiago de Chile.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL (2000), *La globalización: ¿amenaza u oportunidad?* Estudio temático.
- GALLAGHER Y ZARSKY (2004), *Sustainable Industrial Development? The Performance of Mexico's FDI- Integration Strategy*.
- IBARRA, David (2004), *La inversión extranjera*, CEPAL, México.
- "Ley de Inversión Extranjera", *Diario Oficial de la Federación*, 27 de diciembre de 1993.
- LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio y Alejandro Posadas U. (2006), "Inversión y Derecho Internacional de la Inversión Extranjera. Reflexión sobre algunas disciplinas adoptadas por México", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VI.
- MICHALSKI, Wolfgang (1999), "¿Son compatibles el multilateralismo y el regionalismo?", en Banco Nacional de Comercio Exterior, *México: Transición económica y comercio exterior*, BANCOMEXT-FCE, México, 1999.
- OMAN, Charles (1994), *Globalisation and Regionalisation: The challenge for developing countries*, OECD, París.
- OXFAM (2002), *Cambiar las reglas: comercio, globalización y lucha contra la pobreza*, OXFAM, Barcelona.

Sección Comentarios Legislativos

- PIZARRO, Rodrigo (2003), “Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos. Un análisis del capítulo de inversiones: las restricciones a la política pública”, *Análisis de Políticas Públicas*, núm. 21, Fundación Terram, Santiago de Chile.
- RAMONET, Ignacio (1999), “Impacto de la globalización en los países en desarrollo”, *Memoria*, CEMOS, México.
- Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, Editorial Gernika, México, 1994.
- VELÁSQUEZ, Francisco J. (2003), “Inversión extranjera y empresas multinacionales”, en José Antonio Alonso (director), *Lecciones sobre economía mundial*, Thomson Civitas, Madrid
- VON WOBESER, Claus (2000), “El régimen legal de la inversión extranjera en el TLCAN y sus efectos en los flujos de capital hacia México”, en Beatriz Leycegui y Rafael Fernández de Castro, *¿Socios naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, Miguel Ángel Porrúa-ITAM, México.