

# **LOS SERVICIOS FINANCIEROS EN EL TLC Y LA NUEVA LEY DE INVERSIÓN EXTRANJERA**

*Jaime Álvarez Soberanis\**

**SUMARIO.** I. INTRODUCCIÓN. II. INTERDEPENDENCIA Y GLOBALIZACIÓN DE LAS ECONOMÍAS. III. EL ENTORNO INTERNACIONAL PARA LA NEGOCIACIÓN DEL TLC. IV. EL MARCO NACIONAL EN EL QUE SE UBICÓ LA NEGOCIACIÓN DEL TLC. V. EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE LA ZONA DE AMÉRICA DEL NORTE. VI. NATURALEZA JURÍDICA DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO QUE CREA LA ZONA DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLC). VII. EL TLC Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES. VIII. EL TLC Y EL ACUERDO GENERAL SOBRE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO. IX. LA FUNCIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO EN EL DESARROLLO ECONÓMICO. X. LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS FINANCIEROS EN EL TLC. XI. EL PRINCIPIO DEL TRATO NACIONAL. XII. LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS FINANCIEROS EN LA NUEVA LEY DE INVERSIÓN EXTRANJERA. XIV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

## **I. INTRODUCCIÓN**

Los cambios que se han verificado últimamente en el escenario internacional se diferencian de otros por su brusquedad y violencia, de tal suerte que los retos para enfrentarlos son cada vez más complejos. La violencia humana se transforma y uno de los ámbitos que ha cambiado de manera importante es el de la actividad financiera.

Varias razones explican la transformación: el impacto de las nuevas tecnologías en materia de telecomunicaciones e informática, a través del uso de instrumentos como los satélites, las computadoras y el fax en las transacciones y otros fenómenos como la creciente interdependencia y globalización que han conducido a la emergencia de un verdadero sistema económico internacional.

## **II. INTERDEPENDENCIA Y GLOBALIZACIÓN DE LAS ECONOMÍAS**

La multiplicación de las relaciones de toda índole entre los Estados es un hecho incontrovertible que es propiciado, entre otras causas, por el devenir de la economía internacional, que se orienta a la formación de "bloques", cuya cohesión descansa, en buena medida, en el comercio y la inversión.

La globalización económica que consiste en la creciente homogeneización de los productos y técnicas de ventas a nivel internacional y en la cada vez mayor integración de la producción a escala mundial, ha generado una nueva división del trabajo que se ha

---

\* Profesor de Derecho en la Universidad Iberoamericana

impuesto bajo la perspectiva de que el mundo es solamente una gran fábrica y un gran mercado.

El intercambio económico está dominado por el flujo internacional de capitales que se ha venido incrementando debido, entre otras causas, a la globalización, al crecimiento del sector de los servicios y la especialización en las nuevas estructuras de la cadena productiva.

### III. EL ENTORNO INTERNACIONAL PARA LA NEGOCIACIÓN DEL TLC

"El resquebrajamiento del imperio soviético y la declinación del liderazgo económico de los Estados Unidos de América han gestado vacíos de poder que entorpecen la tarea de remodelar el orden económico internacional".<sup>1</sup> Sin embargo la creciente interdependencia y la intensificación de la globalización empujan hacia la mayor apertura de las economías nacionales y la cohesión económica.

Los factores políticos y económicos se conjugan y se oponen y dos fuerzas antagónicas compiten por el predominio: la tendencia centrífuga hacia la ruptura de los grandes Estados-Nación en entidades de tamaño más reducido, derivada del despertar de los nacionalismos y su lucha por la soberanía, como en el caso de la Ex-Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, y la centrípeta hacia la constitución de unidades más amplias que agrupan a los estados como en el caso de la Unión Europea y otros bloques. En ese contexto paradójico se ubica la concertación del Tratado de Libre Comercio para la América del Norte suscrito por Canadá, los Estados Unidos de América y México (en lo sucesivo TLC).

### IV. EL MARCO NACIONAL EN EL QUE SE UBICÓ LA NEGOCIACIÓN DEL TLC

México se incorporó al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio en 1985 y había iniciado una transformación en su modelo de desarrollo para pasar del proteccionismo a la economía de libre mercado y del intervencionismo estatal al "liberalismo social" son una reducida acción del Estado en la economía y la privatización de gran parte de las empresas públicas.

No hay duda de que "los excesos del proteccionismo habían dado lugar a una cultura de complacencia empresarial y a una planta industrial en gran medida ineficaz, enclausrarla en el mercado interno, sin capacidad real de exportación y con un consumidor desamparado".<sup>2</sup>

Todo esto condujo a la celebración de un Acuerdo de Libre Comercio con Chile y a otras acciones de concertación económica, como la participación activa en la Cuenca del

<sup>1</sup> Ibarra, David. *Reforma económica y Tratado de Libre Comercio* en la Revista Comercio Exterior. Vol. 44, No. 6. México, Julio de 1994. Pág. 472.

<sup>2</sup> Sepúlveda Bernardo. *Política exterior y el TLC* en la Revista Comercio Exterior ya citada. Pág. 473.

Pacífico y la membresía en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (O.C.D.E.).

Según varios autores, el TLC para la América del Norte puede significar un documento de buenas intenciones carente de todo efecto práctico, como existen tantos otros en los archivos de la Cancillería Mexicana o constituirse en un instrumento para la transformación de la estructura productiva del país que al propiciar su modernización impulsará su desarrollo.

El objetivo de este análisis es proporcionar un panorama de la regulación de los servicios financieros en el TLC y en esta reflexión también se incluirá información relativa a las disposiciones de la nueva Ley de Inversión Extranjera (en lo sucesivo LIE) publicada en el D.O. Fed. del 27 de diciembre de 1993 en lo que toca a la participación de la inversión foránea en el sector financiero por ser de relevancia.

## V. EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE LA ZONA DE AMÉRICA DEL NORTE

Los intentos de formar espacios económicos en los que circulen libremente personas, capitales y mercancías no son nuevos, pero han alcanzado un gran auge en la presente década. Estos esfuerzos han adoptado diversas formas jurídicas que van desde la unión aduanera con arancel común hasta el mercado común e inclusive a una vinculación que trasciende lo económico, como en el caso de la Unión Europea.

A partir de 1960 en el continente americano surgió, por virtud del Tratado de Montevideo, la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), que en la década de los ochenta fue sustituida por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), además del Mercado Común Centroamericano y la Asociación de Libre Comercio de los países del Caribe.<sup>3</sup>

Cuando en 1990 se planteó la posibilidad de celebrar un tratado de libre comercio (en lo sucesivo TLC) tripartito para la zona de Norteamérica, que comprendiera a Canadá, los Estados Unidos de América (EUA) y México, la prestigiada revista inglesa "El Economista" indicó que "el acuerdo de libre comercio . . . no es solamente, ni siquiera primordialmente para lograr la apertura del comercio. Tiene que ver más con atraer la inversión extranjera que México necesitará".<sup>4</sup>

"El TLC liberaliza sustancialmente los regímenes de inversión de América del Norte. El Acuerdo establece un marco claro, basado en reglas para el tratamiento imparcial de

<sup>3</sup> Lagos, Gustavo, *Aspectos políticos, legales e institucionales de la integración económica de América Latina*, B.I.D., Instituto para la Integración de América Latina, separata del Boletín de la Integración, Buenos Aires, julio de 1966. Págs. 6 y 7.

<sup>4</sup> *The Economist*, correspondiente al día 6 de octubre de 1990. Pág. 86.

la inversión extranjera directa y establece límites estrictos para el uso de los requisitos de comportamiento".<sup>5</sup>

El TLC es un instrumento. La característica fundamental que deriva de su naturaleza instrumental consiste en que no es bueno o malo por sí mismo, sino que los resultados a obtener dependen de cómo se utilice. Hasta ahora uno de los resultados positivos más sobresalientes ha sido el impresionante incremento de la inversión foránea que se ha dado en México, cuyo monto total histórico acumulado asciende ya a más de \$75,000 millones de dólares. Sin embargo, estamos lejos de poder formular una evaluación plenaria de sus resultados dada su corta vida.

## **VI. NATURALEZA JURÍDICA DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO QUE CREA LA ZONA DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLC)**

En cuanto a su naturaleza jurídica constituye un tratado internacional, porque se ajusta a los supuestos previstos en las definiciones clásicas que recoge la doctrina y, en lo que toca a México, satisface los requisitos que establece la legislación para los instrumentos de su género.

EL TLC reúne las características que les atribuye a los tratados internacionales la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, de la que México y Canadá son signatarios, aunque los Estados Unidos de América no lo son, cuyo Art. 2, inciso (a) define al tratado como "un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el derecho internacional ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos y cualquiera que sea su denominación particular".

La doctrina sostiene que el Tratado es un "acuerdo celebrado entre dos o más sujetos del derecho internacional con objeto de crear, modificar o extinguir una relación jurídica entre ellos. En la actualidad es la fuente más usual de creación de derechos y obligaciones internacionales . . ."<sup>6</sup>

Es más, se dice que el derecho internacional público contemporáneo es de origen concensual, porque sus disposiciones se han integrado a través del consentimiento de los estados expresado en diversos instrumentos, especialmente mediante tratados, aunque también destacan las determinaciones que se adoptan en el seno de los organismos multilaterales, a través de acuerdos, resoluciones y declaraciones.

Por lo que hace a su naturaleza, el TLC es un instrumento jurídico de carácter obligatorio para quienes lo suscribieron y de índole internacional puesto que vincula a tres estados,

<sup>5</sup> Gestrim, Michael y M. Rugman, Alan, *The North American Free Trade Agreement and foreign direct investment*, en la revista *Transnational Corporations*, Vol. 3, No. 1, UNCTAD, Division on Transnational Corporations and Investment. United Nations, febrero de 1994. Pág. 77.

<sup>6</sup> Váldez, Raúl y Loaeza Tovar, Enrique, *Terminología Usual en las Relaciones Internacionales, Derecho Diplomático y Tratados*, Secretaría de Relaciones Exteriores, Colección del Archivo Histórico Diplomático Mexicano, No. 6, 1a./Ed, México, 1976. Pág. 82.

que son los sujetos clásicos del derecho internacional. Fue celebrado con apego a los mecanismos constitucionales de cada parte y ha sido debidamente ratificado por los órganos legislativos.

A ese respecto, operará según el principio jurídico que se expresa en la locución latina *pacta sunt servanda*, es decir que las obligaciones deben acatarse y los tratados que las contienen han de cumplirse en sus términos y tal como fueron pactados. Como señala Basave: "Los Estados están obligados a respetar los pactos realizados libremente, a reparar todo perjuicio causado injustamente, a respetar a la comunidad internacional".<sup>7</sup>

El respeto a los derechos nacionales y al derecho internacional constituye la base para la convivencia pacífica entre los pueblos y entre las naciones. Ello a pesar de que en ocasiones éste pueda violarse, ya que ese hecho no le resta validez ni obligatoriedad. Es cierto que el derecho internacional resulta a veces infringido con total impunidad, pero lo mismo ocurre en todo sistema jurídico. Las violaciones al derecho internacional no son más frecuentes que las de cualquier otro ordenamiento jurídico, pero se suele creer que se infringe de modo constante.<sup>8</sup>

Desde el punto de vista del Derecho mexicano, según dispone el Art. 2 de la Ley sobre la Celebración de Tratados, publicada en el D.O. Fed. del 2 de enero de 1992, un tratado consiste en "el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos".

Obviamente, la definición mexicana se inspira en la de la Convención de Viena y el TLC constituye un tratado porque satisface los supuestos incluidos en el precepto invocado, especialmente en virtud de que genera derechos y obligaciones de carácter internacional para México, que es a lo que la Ley de la materia denomina "asumir compromisos".

El TLC se negoció atendiendo los imperativos constitucionales de las partes contratantes. Por cierto que las normas que contiene la Constitución Mexicana en materia de tratados internacionales se inspiran en la Constitución de Filadelfia, lo que hace semejantes a ambos sistemas jurídicos en este punto, a pesar de las enormes diferencias que existen en otros ámbitos.

"La Constitución (de los Estados Unidos de América) otorga el poder de hacer tratados al Presidente pero sólo con el consejo y consentimiento de dos terceras partes de los senadores presentes (Art. II, Secc. 2); expresamente prohíbe la celebración de tratados por los estados (Art. I, Secc. 10); dispone que, como la propia Constitución y las leyes de

<sup>7</sup> Baseve Fernández Del Valle, Agustín. *Fundamento y Esencia del derecho internacional*. Revista Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, No. 16. México, 1984. Pág. 431.

<sup>8</sup> Akehurst, Michael, *Introducción al derecho internacional*, Versión española y notas de Manuel Medina, Alianza Editorial, Madrid, 1972. Pág. 14.

los Estados Unidos de América, los tratados serán la ley suprema y resultarán obligatorios para los estados (Art. VI, Secc. 2)".<sup>9</sup>

## VII. EL TLC Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALS

### 7.1. Propósitos y objetivos

Desde la perspectiva mexicana conforme a lo declarado por el Secretario de Comercio y Fomento Industrial, con el TLC de América del Norte se busca:

- a. Incrementar nuestra competitividad internacional;
- b. Asegurar el acceso de nuestras exportaciones al mercado estadounidense, con quien realizamos el 70% de nuestro comercio exterior;
- c. Estar en posibilidad de captar mayores flujos financieros, de inversión y crédito que generan empleos y financien el desarrollo;
- d. Tener acceso a los últimos avances tecnológicos;
- e. Incorporar el mayor número de empresas a las actividades de exportación".<sup>10</sup>

De hecho, varios de estos objetivos quedaron plasmados en el Art. 102 del TLC.

A nuestro juicio el propósito fundamental del TLC es generar empleos a través de la inversión productiva, por eso su Cap. XI destinado a regular a los "Capitales de inversión" establece reglas muy claras que derivan de principios comerciales clásicos como el de la "No discriminación". Además contiene la novedad más importante que consiste en el establecimiento de diversos mecanismos *ad hoc* de solución de controversias. El aplicable en servicios financieros es el previsto en su Cap. XX.

Según el resumen publicado por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI), el TLC "elimina barreras importantes a la inversión, otorga garantías básicas a los inversionistas de los tres países y establece un mecanismo para la solución de controversias que pudieran surgir entre tales inversionistas y un país del TLC".

El objetivo es incrementar el flujo de la inversión procedente de cada uno de los miembros del TLC hacia la propia región, para lo cual se conceden a los inversionistas las mayores facilidades para que lleven a cabo sus procesos de inversión en cualquiera de los tres territorios que la integran.

<sup>9</sup> Henkin, Louis, *Foreign Affairs and the Constitution*, W.W. Norton & Company, Inc., Nueva York, N.Y., 1975. Pág. 129

<sup>10</sup> Serra Puche, Jaime, *Presentación de los resultados de la negociación del TLC entre México, Canadá y Estados Unidos de América a la Comisión de Comercio de la H. Cámara de Senadores*, en el folleto publicado por SECOFI: el TLC entre México, Canadá y Estados Unidos de América, sin fecha. Pág. 35.

Para facilitar estos flujos, se reconoce como principio que a un inversionista de una parte se le debería permitir establecer una institución financiera en territorio de otra parte con la modalidad jurídica que elija tal inversionista. (Art. 1403).

Otro propósito del TLC es el facilitar y atraer la inversión foránea procedente de terceros estados hacia la región. La receta para lograr estas finalidades es muy simple: desregulación, simplificación administrativa, supresión de requerimientos, otorgamiento de garantías, y este conjunto de elementos forman lo que los especialistas llaman "un clima favorable" para la IED, tanto originaria de la región como extra zonal. Este clima se ha venido alcanzando.

De igual forma, el TLC reconoce que debe permitirse a los inversionistas participar ampliamente en los mercados financieros de cualesquiera de las partes. (Art. 1403).

## **7.2. El establecimiento de una zona de libre comercio**

Todo TLC tiene por propósito el establecimiento de una zona de "libre comercio", es decir, de un espacio económico ampliado (mercado) que permita incrementar los flujos comerciales. El TLC es un instrumento jurídico de base que consagra el vínculo asociativo entre los estados partes.

Una zona de libre comercio es una forma de integración económica en la que por definición circulan libremente bienes, servicios y capitales. Algunos autores añaden a las personas, aunque esto último parece ser más bien propio de un mercado común o de una comunidad económica, que constituye una forma superior y más completa de integración, en la que además de estas características se añade la de contar con una tarifa externa común, lo que implica la coordinación progresiva de las políticas e instrumentos económicos, así como la armonización progresiva de las legislaciones.

Éste constituye el esquema superior de integración económica pero las Partes pueden acceder a otro que se ubica en el ámbito político como ha ocurrido con la Unión Europea.

No son nuevos los esfuerzos de integración ni los Tratados que los consignan, es decir, los documentos jurídicos les dan forma y establecen las reglas del juego que encausan a los procesos integracionistas a alcanzar sus fines.

En cuanto al concepto, formas y etapas de la integración, este término tiene una significación muy variada, que se estudia por diversas disciplinas (economía, política, derecho y sociología, entre otras), aunque destaca su sentido teleológico. Integrarse es reunir elementos para formar un todo coherente, o incrementar la cohesión de un todo existente. Francois Perroux y Bela Balassa han analizado la integración como un proceso, como un fenómeno que se realiza paulatina y gradualmente.

El proceso de integración, en cuanto a su naturaleza "es un fenómeno de índole fundamentalmente económica pero que involucra en su realización otros factores, porque se trata de un fenómeno complejo".<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Álvarez Soberanis, Jaime. *El Proceso de Integración Latino Americana y el Derecho de la Integración* (Algu-

Por integración se entiende, desde el punto de vista gramatical, "la acción y efecto de integrar; proceso de unificación de varias entidades antagónicas; fusión de empresas situadas en estados diferentes del proceso de producción" y por integrar (del latín *integrare*) "dar integridad a una cosa; hacer entrar; unir entidades separadas en un todo coherente".<sup>12</sup>

Los objetivos del TLC se establecen en el preámbulo y en la primera parte que también incluye la regulación de su ámbito de aplicación. El preámbulo señala que se concertó en el marco de los derechos y las obligaciones vigentes contraídos por las partes bajo el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), así como en otros instrumentos jurídicos multilaterales y bilaterales de cooperación. Ello significa el propósito de los contratantes de conformarse a los principios y reglas del GATT.

El preámbulo del TLC también señala que se trata de promover el empleo y el crecimiento económico, mediante la expansión del comercio y el incremento de las oportunidades de inversión. La intención es crear un mercado ampliado en el que circulen libremente mercancías, servicios y capitales para responder adecuadamente a los fenómenos de globalización, internacionalización y especialización de la producción.

La incorporación plena de México a la "globalización" a través del TLC, trae consigo el riesgo que han identificado diversos observadores, entre otros José Agustín Ortiz Pinchetti para todas las naciones en el sentido de que paulatinamente pueden "perderse muchas características que las distinguen entre sí, para entrar en una especie de concierto de beneficios comunes".<sup>13</sup> Sin embargo, no existe, ni parece lógico pensar que pudiera darse un proyecto alternativo.

Hay que partir del hecho insoslayable de que ningún país puede sobrevivir aislado. El presente siglo contempló la extinción de los afanes autárquicos entre las naciones, cuyo último intento, obviamente fracasado, fue el de la República Popular de China, que marcha aceleradamente a su integración dentro de la economía internacional.

El concepto de "economía cerrada" ha dejado de existir. "Es cierto que aún existen en el mundo regiones de subdesarrollo con economía de trueque y casi totalmente cerradas al exterior. Pero esas zonas son cada vez más reducidas y su actual importancia relativa es mínima".<sup>14</sup>

El TLC contiene cuatro tipos de reglas diferentes: para abrir el comercio, destinadas a regular los servicios, para la inversión y aquellas que se refieren a los mecanismos de solución para las controversias comerciales.

nos Requerimientos del Proceso en cuanto al Instrumental Jurídico). Revista Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, No. 5, Julio de 1973. Pág. 12.

<sup>12</sup> Gili Gaya, Samuel, *Diccionario de la Lengua Española*, Editorial Spes, Barcelona, España, 1959, Pág. 641.

<sup>13</sup> Ortiz Pinchetti, José Agustín, *Una Historia difícil de contar*, en el periódico La Jornada, publicado el 30 de agosto de 1992.

<sup>14</sup> Tamames, Ramón, *Relaciones Económicas internacionales e integración*, en el libro de varios autores, *La Reestructuración de la Sociedad Internacional*, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 1a. edición, México, 1969. Pág. 106.

Pragmatismo, operatividad y flexibilidad caracterizan al TLC. Estas notas fundamentales se derivan de diversos elementos, entre otros de carácter evolutivo de los fenómenos económicos que regula al mismo tiempo que lo convierten en un instrumento de lenguaje difícil, en el que cada norma posee un número importante de salvedades.

Es especialmente importante identificar, analizar y cuantificar cuáles son los deberes jurídicos que contrajo el Estado mexicano a través del TLC en materia financiera, es decir, cuáles son sus principales obligaciones frente a los otros miembros de la zona de libre comercio y a su vez las de éstos respecto a nuestro país, que es una de las tareas que cumpliremos a lo largo de este estudio, aunque exclusivamente en lo que toca a los servicios financieros.

En efecto, los mercados de los Estados Unidos de América y Canadá se abren a mayor velocidad que la apertura que debe darse en el mercado mexicano por lo que resulta obvio que reconoce la asimetría. El 80% de aquellos mercados quedó abierto desde el 1 de enero de 1994 y no ha ocurrido lo mismo en cuanto a México.

Finalmente, la futura aplicación del TLC indudablemente traerá consigo la necesidad de que sus miembros coordinen sus políticas económicas y aproximen las legislaciones que la expresan y regulan.

Llevarlo a cabo implicará un gran esfuerzo para todos sus participantes, pero especialmente para México dadas las considerables diferencias entre su sistema jurídico y los de los demás contratantes. En efecto, las diversidades entre estos sistemas son de tal grado y naturaleza que para acercarlos habrá que realizar un cuidadoso ajuste, aunque tampoco es deseable, ni se requiere, una uniformidad legislativa que desemboque en "camisa de fuerza", sino solamente que las diferencias no afecten los objetivos del proceso de integración.

A partir del inicio del proceso de negociación del Tratado en el año de 1990 hasta 1994 nuestro país llevó a cabo la modificación de más de 30 leyes diferentes para lograr el ajuste. Hay luces y sombras en cuanto al impacto de esa enorme tarea en el sistema jurídico nacional, en el sentido de que no todas las reformas contribuirán a su perfeccionamiento.

El TLC constituye un documento amplio y complejo. Varias de sus disposiciones son ambiguas, entre otras razones porque se originan en el marco jurídico anglosajón, que es menos preciso que el de "derecho escrito", propio de México. Es notorio que se negoció y se redactó en el idioma inglés, ya que la versión en castellano en ocasiones es oscura hasta llegar a ser ininteligible.

Un comentario de índole general en cuanto a derechos y obligaciones es que existe un balance adecuado en el TLC, ya que, por ejemplo, reconoce la asimetría en los niveles de desarrollo de sus protagonistas, lo cual refleja la realidad de México y de sus socios comerciales.

## **VIII. EL TLC Y EL ACUERDO GENERAL SOBRE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO**

El TLC es congruente con las disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). Debido a lo anterior, no establece un "costo cerrado",

sino que queda abierto a cualquier país que quiera adherirse, con la condición de que asuma los compromisos pactados por sus fundadores.

En efecto, la zona de libre comercio es compatible con las disposiciones del Art. XXIV del GATT, ya que cubre prácticamente la totalidad del intercambio comercial que realizan los tres países y no sólo una parte "sustancial" como exige dicho precepto, además de que no impone barreras adicionales para el comercio extrarregional, en otras palabras, no crea un costo cerrado en el que exclusivamente se beneficien las partes con la desviación de las corrientes comerciales en perjuicio de terceros.

### **IX. LA FUNCIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO EN EL DESARROLLO ECONÓMICO**

La captación de ahorro destinado a la inversión por parte del público es imprescindible para promover el desarrollo. Esta función se lleva a cabo a través del sistema financiero que en México se integra por dos apartados: uno correspondiente a las instituciones de crédito en sus diversas modalidades, que efectúan la tarea que se conoce como "intermediación bancaria" y el otro comprende a los intermediarios financieros no bancarios que incluye instituciones de seguros y fianzas, diversas organizaciones y actividades auxiliares de crédito y organismos bursátiles.

El crecimiento económico sostenido depende fundamentalmente de la generación suficiente de ahorro interno, tarea que, al menos en una parte importante, es responsabilidad del sistema financiero en sus distintas modalidades, instituciones e instrumentos. Hoy que se está llevando a cabo su apertura a la competencia del exterior, nos preguntamos si los intermediarios financieros extranjeros están en posibilidad de contribuir a esta tarea y hacerlo sin desplazar a los nacionales. La respuesta que han encontrado las autoridades a ambas interrogantes es positiva.

El sistema financiero facilita la asignación del ahorro y promueve la inversión. Se trata de que desempeñe estas tareas con eficiencia. En el caso de México, el ahorro interno no ha crecido en los términos esperados y se canaliza fundamentalmente hacia la banca, aunque el mercado de valores ha venido ganando una mayor participación.

Los cambios sobre la función de la intermediación bancaria y no bancaria y el del Banco de México como un organismo regulador autónomo que se han efectuado recientemente habrán de tener efectos positivos sobre el sistema.

Otro cambio importante en materia de financiamiento para el desarrollo ha sido el pasar del crédito a otras nuevas formas que involucran el capital o los servicios relativos al capital incluyendo el arrendamiento. Varias instituciones del sistema financiero internacional se han especializado en prestar capital para la inversión especialmente en los países en desarrollo.

La figura del "banco de inversión" que implica destinar flujos financieros para capital de riesgo se ha venido extendiendo. Estos bancos constituyen intermediarios financieros que juegan un papel de gran importancia para el desarrollo de los mercados financieros

domésticos, sobre todo en el caso de los emergentes, porque pueden movilizar fondos y proveer asistencia financiera novedosa.

Los indicadores de comparación de la banca mexicana respecto de sus competidores en el TLC ofrecen muy diversos resultados al observador. En rentabilidad se tiene un buen nivel comparativo especialmente los grandes bancos, aunque en general la eficiencia deja mucho que desear, ya que la banca "funciona con márgenes de intermediación y costos de operación demasiado elevados, además de que su cartera vencida ha crecido de manera sustancial".<sup>15</sup>

En México tendrá que haber ajustes al sistema doméstico que postula como eje de la intermediación la existencia de "grupos financieros", por lo que se parece al sistema europeo. En cambio, en los Estados Unidos de América existe una clara separación de funciones entre la banca comercial y la intermediación bursátil. También es importante lo que podría llamarse la "autonomía" de las legislaciones de los estados o entidades federativas en los Estados Unidos de América, aunque en este ámbito ya se presentó una iniciativa para superar esta limitación que será discutida en el Congreso.

El mercado mexicano carece de muchas figuras de intermediación que ya existen en otros países como los bancos de ahorro o cajas de ahorro, los bancos de inversión, las "bolsas de futuros", aunque varios de estos esquemas están en vías de adoptarse.

## **X. LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS FINANCIEROS EN EL TLC**

La integración económica implica la necesidad de la libre circulación del capital y, por consecuencia, la de facilitar su flujo, permitiendo las transacciones y facilitando el establecimiento de las instituciones que lo manejan provenientes de cualquiera de las partes en el territorio que comprende la zona.

El Cap. 14 del TLC se ocupa de las instituciones financieras, las inversiones en éstas y el comercio transfronterizo de servicios financieros. Como se describirá al detalle adelante, se trata de un capítulo bien equilibrado, negociado con extrema precaución, lo que se deduce de las excepciones que plantea cada una de sus disposiciones. No podría ser de otra manera debido a la enorme importancia del propio sistema financiero.

Constituye un principio fundamental para la liberación del comercio recíproco de estos servicios, el de "trato nacional", pero en este capítulo, al igual que en el destinado a la inversión foránea, aparece menguado por diversas disposiciones de excepción que se refieren a los organismos reguladores autónomos, a la necesidad de proteger a los depositantes, mantener la seguridad, solidez, integridad o responsabilidad financiera de los prestadores de servicios transfronterizos y a otros aspectos cubiertos por el Art. 1410. Desde ahora se subraya la trascendencia de la gradualidad del proceso de desregulación y apertura que se adoptó en esta delicada materia.

<sup>15</sup> Gavito, Javier y Trigueros, Ignacio, *Los Efectos del TLC sobre las entidades financieras* en el libro *Lo Negociado del TLC*, compilado por Georgina Kessel, Editorial McGraw Hill, México, 1993. Pág. 226.

El Cap. 14 revela el afán de las partes de colaborar recíprocamente, tomando en cuenta las diversidades de sus sistemas financieros e inclusive las limitaciones de los protagonistas, razón por la cual se establece el Comité de Servicios Financieros que supervisará la aplicación de ese propio capítulo y su desarrollo posterior y se autoriza la celebración de consultas.

Este capítulo tiene también su propio mecanismo de solución de controversias e inclusive excluye la aplicación del arbitraje, previsto en el Cap. 11, señalando que se remitirá la controversia al Comité de Servicios Financieros y cuando no haya resultado en 60 días deberá establecerse un panel arbitral.

Según Javier Gavito e Ignacio Trigueros, el grado de apertura en el TLC en materia de servicios financieros ha sido muy reducido, a pesar de que este sector tiene una incidencia importante en la suerte de otros sectores. Esta situación podría obedecer a que en el caso de México se cuenta con un sistema financiero menos avanzado que el de los otros dos miembros del TLC.<sup>16</sup>

### **10.1. Principales reglas del TLC para el sistema financiero**

El sistema financiero de los tres países se abre al establecimiento de empresas originarias de cualquiera de ellos. Se prevén niveles máximos de participación extranjera agregada y periodos de transición que van de cuatro a siete años, así como la posibilidad de recurrir a salvaguardas temporales para regular el porcentaje de participación.

A partir del año 2000, los bancos y empresas aseguradores de Canadá y Estados Unidos tendrán un acceso casi ilimitado al mercado mexicano, aunque exclusivamente en calidad de firmas subsidiarias. Su ingreso estará sujeto a la aplicación de una salvaguarda temporal si ello pone en peligro la propiedad mexicana del sistema de pagos, así como a restricciones para limitar la compra cuando la participación conjunta del banco extranjero adquirente y el adquirido supere 4% del mercado.

Las reglas que imponen una separación entre la banca comercial y la de inversiones en los Estados Unidos de América seguirán vigentes, al igual que las restricciones en escala estatal; éstas, por haber sido notificadas antes del 1 de enero de 1994, han adoptado la forma de severas de acuerdo, aunque, como subrayó recientemente la prensa, ya se está discutiendo en el Congreso de ese país la legislación que permitirá el funcionamiento de "bancos nacionales".

Canadá aplicará reglas de origen (nacionalidad) —que se apartan de los criterios más habituales de residencia que rigen en México y Estados Unidos de América— según los cuales más del 50% de las acciones de las empresas de los países beneficiados por la liberación deben ser de propiedad de residentes en los mismos.

<sup>16</sup> Gavito, Ignacio y Trigueros, Javier, *Los Efectos del TLC sobre las entidades financieras* en el libro *Lo Negociado del TLC*, compilado por Georgina Kessel, Editorial McGraw Hill, México, 1993. Pág. 189.

## 10.2. Síntesis del contenido del Cap. XIV del TLC

Según se ha dicho, el Cap. 14 del TLC se destina a la regulación de los servicios financieros y comprende los Arts. 1401 a 1413.

Estos preceptos se refieren al ámbito de aplicación y extensión de las obligaciones; organismos reguladores autónomos; derecho de establecimiento de instituciones financieras; comercio transfronterizo; trato nacional; trato de nación más favorecida; nuevos servicios financieros y procesamiento de datos; alta dirección empresarial y consejo de administración; reservas y compromisos específicos; excepciones; transparencia; Comité de servicios financieros; consultas; solución de controversias; controversias sobre inversión en materia de servicios financieros; definiciones; compromisos específicos por país; revisión del acceso al mercado; consultas sobre liberalización del comercio transfronterizo; reservas estatales y provinciales, autoridades responsables de los servicios financieros y, finalmente consulta y arreglos ulteriores, que a su vez se dividen en dos secciones que son: la "a" destinada a regular las instituciones financieras de objeto limitado y la "b" protección al sistema de pagos.

En la redacción de este capítulo se siguió el método inusitado para el abogado que trabaja con un sistema de derecho escrito de "incorporar" a él como parte integrante, los Arts. 1109 a 1111, 1113, 1114 y 1211.

## XI. EL PRINCIPIO DEL TRATO NACIONAL

¿Cuál es la piedra angular del régimen liberal hacia las actividades financieras que establece el TLC? El principio rector fue recogido de diversos instrumentos jurídicos internacionales que lo incluyen y es conocido doctrinariamente como "trato nacional".

¿En qué consiste el trato nacional? Es un principio que se viene aplicando por los estados por lo menos desde el siglo pasado, como una norma útil para regular sus relaciones porque los concibe como iguales entre sí.

Por ejemplo, el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, que es un pacto multilateral celebrado en 1883, que actualmente cuenta con más de 100 países miembros, contiene el principio del trato nacional. En efecto, sus Arts. 2 y 3 disponen que: "Los nacionales de cualquier país miembro de la Unión gozarán en todos los otros países miembros de la Unión de las mismas ventajas y los mismos privilegios que otorgan a sus nacionales". A esto se le llama usualmente "asimilación" de los extranjeros a los nacionales y ésta puede variar en cuanto a ser total o parcial, condicional o incondicional, temporal o permanente, o bien sujetarse al principio de "reciprocidad".

El principio de trato nacional se expresa en el Art. 1405 del TLC y no tiene una aplicación absoluta, aunque está redactado en sentido amplio al ordenar que se otorgue "trato no menos favorable" que se dé a sus propios inversionistas en circunstancias similares, ya que se refiere a los inversionistas, las instituciones financieras y cubre el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otras formas de "enajenación" de instituciones financieras e inversión.

## **XII. LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS FINANCIEROS EN LA NUEVA LEY DE INVERSIÓN EXTRANJERA**

La nueva Ley de Inversión Extranjera, en lo sucesivo LIE, del 15 de diciembre de 1993, publicada en el D.O. Fed. del 27 del propio mes y año, contiene cambios esenciales respecto de su antecesora, puesto que adopta un enfoque filosófico enteramente diferente, que ya no es el nacionalismo revolucionario con la consiguiente intervención del estado, sino la internacionalización y globalización de la economía mexicana, con absoluto respecto a la "libre competencia".

La LIE se inspira en dos vertientes fundamentales, una de carácter internacional, que se vincula a los esfuerzos de todos los países por superar sus problemas económicos a través de la adopción del modelo de desarrollo capitalista, y otra local, que está constituida por un conjunto muy amplio y variado de circunstancias y factores políticos, sociales, económicos y culturales.

Las valoraciones que dieron origen a la nueva LIE se expresan en el documento con el cual fue remitida por el Titular del Ejecutivo al Congreso de la Unión. Ahí están dichas, sin ambages, las pretensiones: competencia mundial por atraer capitales, necesidad de ajustarse a compromisos internacionales del país, y otros objetivos que quedaron explícitamente enunciados.

La iniciativa formó parte del paquete que se sometió a consideración del Congreso de la Unión con el objeto de ajustar el marco jurídico nacional a los compromisos contraídos por México en el Tratado que estableció la Zona de Libre Comercio de América del Norte (en lo sucesivo TLC), en vigor desde el 1 de enero de 1994, aunque el proyecto de enmiendas venía trabajándose desde hacía ya tiempo por la autoridad administrativa competente, en este caso, la Dirección General de Inversiones Extranjeras (DGIE) de la SECOFI y, además dada la importancia de la materia se discutió aisladamente.

De ese paquete salieron las modificaciones en conjunto a la Ley de Comercio Exterior, la Ley Aduanera, el Código Fiscal de la Federación, la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, la de Profesiones, la de Expropiación, la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios, la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica y la Ley Federal de Derechos de Autor, publicadas en el D.O. Fed. del 22 de diciembre de 1993.

La nueva LIE reconoce en el Cap. XI del TLC una de sus fuentes de inspiración más señaladas, aunque no la única, porque también recoge las prácticas administrativas de la DGIE. Se admite que México nunca ha tenido una política discriminatoria ante los inversionistas extranjeros y que la Ley no recoge todas las disciplinas básicas del TLC, sino sólo dos: la apertura sectorial y el no imponer requisitos de comportamiento.

El Art. 4 de la LIE, textualmente dispone que:

a. La IED podrá participar en cualquier proporción en el capital social de sociedades mexicanas;

- b. Adquirir activos fijos;
- c. Ingresar a nuevos campos de actividad económica o fabricar nuevas líneas de productos;
- d. Abrir y operar establecimientos, y;
- e. Ampliar o relocalizar los ya existentes.

De lo expuesto se sigue que, en cuanto al apartado (a), el Art. 4 de la LIE autoriza a los inversionistas extranjeros para que constituyan sociedades mexicanas hasta con el 100% de capital foráneo, sin condición alguna salvo por lo dispuesto por los Arts. 5 a 8 de ese mismo ordenamiento. El Art. 4 tiene carácter promocional, puesto que no se requería decir expresamente qué puede hacer la IED, sino que jurídicamente bastaba no prohibirlo.

En cuanto a la segunda autorización del Art. 4 que hemos clasificado como apartado (b), es decir, la adquisición de "activos fijos", comenta Cruz González: "La doctrina ha aclarado el concepto de "activos fijos", caracterizándolos —en contraposición a los circulantes— como bienes o recursos tangibles, no destinados directamente al cambio y sujetos fiscalmente a amortización y depreciación; proporciona ejemplos de los mismos: inmuebles, instrumentos y vehículos, valores permanentes, etc."<sup>17</sup>

El segundo párrafo del Art. 4 dispone que se observarán las reglas sobre la participación de la IED en las actividades del sector financiero previstas en la LIE, a pesar de lo que establezcan las leyes específicas para esas actividades, para dejar en claro la aplicabilidad del Código en materia de inversiones, que incluye el resultado de las negociaciones con los principales socios comerciales, es decir, Canadá y los Estados Unidos de América por lo que toca al TLC.

La primacía de la LIE respecto de los ordenamientos específicos constituye una disposición que contraria al sentido de las reglas generales que imperan en el Derecho, que establecen que hay que darle prioridad a lo específico sobre lo general, según dispone claramente el Art. 11 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice que: "Las leyes que establecen excepción a las reglas generales no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes" y que doctrinariamente es conocido como el principio de "especificidad".

¿Cuales son las principales reglas sobre la participación de la IED en las actividades del sector financiero? Ellas se refieren específicamente a las actividades que regula la propia LIE que son las siguientes:

- a. En el Art. 5, reserva de manera exclusiva al Estado la emisión de billetes y la acuñación de moneda.

---

<sup>17</sup> Cruz González, Francisco José, *Inversión Extranjera Directa*, en la Revista Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, No. 10, Tomo I, México, 1978. Pág. 455.

b. En el anexo séptimo del TLC, la lista de México que aparece en la Secc. "a" se establecen las reservas correspondientes; en la Secc. "b" del propio anexo de la lista de México están las reglas sobre el establecimiento y operación de instituciones financieras y en la Secc. "c" los compromisos específicos.

c. En el Art. 6 Fracc. V, se reserva de manera exclusiva a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros las Instituciones de Banca de Desarrollo.

d. En el Art. 7 hay un tope del 30% en la participación de la IED por lo que toca a las sociedades controladoras de agrupaciones financieras; instituciones de crédito de banca múltiple; casas de bolsa y especialistas bursátiles.

De hasta el 49% en:

a. Instituciones de seguros;

b. Instituciones de fianzas;

c. Casas de cambio;

d. Almacenes generales de depósito;

e. Arrendadoras financieras;

f. Empresas de factoraje financiero;

g. Sociedades financieras de objeto limitado a las que se refiere el Art. 103, Fracc. IV de la Ley de Instituciones de Crédito, que son las personas morales autorizadas por la SHCP que capten recursos provenientes de la colocación de instrumentos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y otorguen créditos para determinada actividad;

h. Sociedades a las que se refiere el Art. 12 Bis de la Ley del Mercado de Valores que alude al manejo de las carteras de valores incluyendo ofrecimiento, prestación habitual de asesoría, de supervisión respecto de los valores, títulos y documentos a que se refiere la propia Ley;

i. Acciones representativas del capital fijo de las sociedades de inversión y sociedades operadoras de sociedades de inversión.

Debe recordarse que este límite no puede ser traspasado de manera directa o indirecta, salvo por la vía de la inversión neutra a que se refieren los Arts. 17 a 22 de la propia LIE.

Por último, se requiere resolución favorable de la CNIE para que la inversión foránea participe en un porcentaje mayor al 49% en lo que toca a las sociedades de información crediticia, las instituciones calificadoras de valores y los agentes de seguros (Art. 8 Fracccs. VI, VII y VIII).

Por otra parte, en lo que toca a la adquisición de sociedades mexicanas cuando la IED pretenda participar en una proporción mayor al 49% se requerirá autorización de la CNIE

si el valor total de los activos de la sociedad de que se trate exceda 85 millones de nuevos pesos.

En lo que toca a la inversión neutra, ésta puede representarse por acciones sin derecho a voto o con derechos corporativos limitados (Art. 20).

Puede haber inversión neutra en sociedades controladoras de grupos financieros, instituciones de banca múltiple y casas de bolsa de acuerdo con el Art. 21 de la LIE. Ésta podrá realizarse previa opinión de la SHCP y de la Comisión Nacional de Valores y se llevará a cabo a través de la adquisición de certificados de participación ordinarias emitidos por instituciones fiduciarias autorizadas para tal efecto.

Para el caso de las sociedades controladoras o instituciones de banca múltiple, deberá tratarse de acciones serie "B" y para las casas de bolsa acciones de la serie "A". También pueden llevar a cabo neutra las sociedades financieras internacionales para el desarrollo en los términos que establezca el Reglamento de la Ley.

#### **XIV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

Ya no es posible "esconder la cabeza" como lo hace el avestruz ante los peligros del medio circundante. Estamos contemplando el fin del sueño de las autarquías. Nuestra inserción e interacción con otros protagonistas del acontecer universal es cada vez mayor, no sólo por la fuerza de las circunstancias, sino también por la voluntad política que ha puesto esta Administración para aprovechar lo que de bueno puede venir del exterior, que ciertamente es mucho en varios ámbitos y para prevenir los males que también nos llegan y no son pocos.

La última reforma a la Ley de Sociedades Mercantiles posibilita el acercamiento con otros mercados porque modernizó las estructuras societarias al fortalecer la democracia en las sociedades y facilitar la toma de acuerdos por parte de sus directivos. Por otra parte reconoce la realidad al admitir la existencia de sociedades de dos miembros.

Faltan por recoger plenamente en el sistema jurídico mexicano, los principios fundamentales de la normativa comercial internacional. Tales son los de "trato general de la nación favorecida", de "no discriminación", el "trato nacional en materia de tributación y reglamentación interiores", y de la "eliminación general de restricciones cuantitativas al comercio internacional", que prevé el Acuerdo. Durante largos años hizo falta una buena ley antimonopólica capaz de frenar algunos efectos desfavorables de la concentración económica, que afortunadamente se expidió y ya se está aplicando con buenos resultados.

Este proceso creciente y gradual de acercamiento de los mercados, las autoridades y la información, necesariamente requiere la armonización de las normas aplicables a los servicios financieros, es decir, una coordinación de las reglas que disciplinan a los intermediarios y a sus operaciones para ofrecer a los clientes una protección equivalente o similar en cualquier mercado.

En la Unión Europea, el incremento de las operaciones transfronterizas producidas en las bolsas de valores, es fruto de una deliberada política económica, financiera y bursátil y no sólo de una tendencia que se da en otras latitudes del planeta.

Se está tratando de crear un espacio financiero único para los doce estados comunitarios donde habrá plena y absoluta libertad para que los flujos financieros crucen las fronteras y para que la prestación de servicios bursátiles por parte de operadores radicados en otro de los estados miembros sea igualmente libre, así como el establecimiento en cualquier estado de los operadores domiciliados legalmente en otro. Ésta es una de las libertades más importantes que se han ido gestando.

En México, tenderemos a estrechar vínculos con los mercados financieros de América del Norte. No se debe contemplar el TLC como un paso aislado, sino como parte de un proceso de integración que, a querer o no, involucrará a las tres economías. México debe buscar sacar ventaja de su condición de país en desarrollo para avanzar más rápido.

El TLC consagra ya la libre circulación de capitales de manera programática y ésta es una de las libertades básicas para crear una comunidad económica a mediano plazo. A la Unión Europea le llevó treinta años el lograr esta situación. Se está dando una armonización de los sistemas de supervisión sobre todo de nuevos instrumentos que están surgiendo en los mercados financieros.

El TLC conducirá a la internacionalización de adentro hacia afuera y de afuera hacia adentro y en el mediano plazo podría desembocarse en lo que están aplicando los europeos, el funcionamiento del "equus", es decir, la moneda de la comunidad y entonces habrá una moneda única americana en un mercado financiero también único y una coordinación de las políticas fiscales, bursátiles, financieras.