

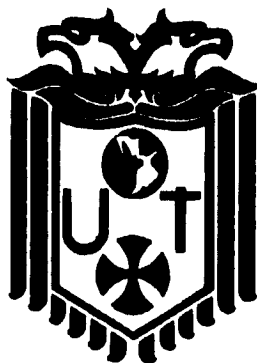
321309

8

24

UNIVERSIDAD TEPEYACAC

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No. 3213 CON FECHA 16-X-1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



**LA NULIDAD EN LA LEY DE
INVERSION EXTRANJERA**

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
MARTHA SUSANA GARZA CRUZ
ASESOR DE LA TESIS:
LIC. SERGIO CUAUHEMOC MARTINEZ CASTILLO
CED. PROFESIONAL 437064

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**
MEXICO, D.F.

1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

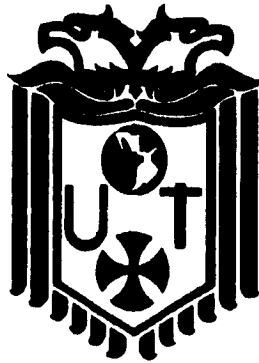
El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición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

321309

UNIVERSIDAD TEPEYAC AC

8
24

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No.3213 CON FECHA 16-X-1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



LA NULIDAD EN LA LEY DE
INVERSION EXTRANJERA

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
MARTHA SUSANA GARZA CRUZ
ASESOR DE LA TESIS:
LIC. SERGIO CUAUHEMOC MARTINEZ CASTILLO
CED. PROFESIONAL 437064

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN
MEXICO, D.F.

1996

ÍNDICE

INDICE

INTRODUCCION	I
CAPITULO I ANTECEDENTES HISTORICOS	1
1.1 Evolución histórica del otorgamiento de garantías a la inversión extranjera en México	2
1.2 Trascendencia de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera	12
1.3 Comentarios sobre el Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera	22
1.4 Funciones de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras	25
1.5 La Dirección General de Inversiones Extranjeras y sus facultades y atribuciones	27
1.6 El Registro Nacional de Inversiones Extranjeras: finalidades	28

CAPITULO II	TEORIA GENERAL DE LAS NULIDADES	31
2.1	Antecedentes históricos y concepto doctrinario	32
2.1.1	En el derecho romano	32
2.1.2	Derecho francés	36
2.2	Nulidad absoluta	45
2.3	Nulidad relativa	52
2.4	La nulidad como sanción	60
2.5	Implicaciones de inexistencia en la nulidad	64
CAPITULO III	LA NULIDAD EN LA LEY DE INVERSION EXTRANJERA	67
3.1	Sujetos en la Ley	68
3.1.1	Personas físicas	70
3.1.2	Unidades económicas	71
3.2	Consecuencias por la falta de calificación	72
3.3	Certeza jurídica	77
3.4	Factores de inseguridad jurídica	84

3.5 Participación del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras	85
CAPITULO IV LA CONVALIDACION	90
4.1 Extinción de la acción de nulidad	91
4.2 Aplicación de las políticas en materia de inversiones extranjeras y su fundamento	93
4.3 El artículo 37 de la Ley de Inversión Extranjera como factor de inseguridad jurídica	95
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	97
BIBLIOGRAFIA	111

INTRODUCCIÓN

Dada la importancia que tiene para el desarrollo del país la presencia de la inversión extranjera, es absolutamente indispensable que las leyes aplicables a esa materia y, particularmente, la Ley de Inversión Extranjera, garanticen a los inversionistas potenciales, así como a los ya instalados, que en caso de controversia con la autoridad recibirán un trato justo, apegado a derecho y conforme a la doctrina generalmente aplicada en Occidente.

Desde ese punto de vista, que me parece indiscutible, se justifica analizar las implicaciones de la Ley de Inversión Extranjera a partir de la garantía constitucional de seguridad jurídica y en lo que se refiere específicamente al contenido del artículo 37 de la Ley citada.

Hoy más que nunca, se requiere modificar el marco regulatorio de la inversión extranjera no para aceptar ésta indiscriminadamente, sino para que la inversión que interese y sea útil al país; tenga un ambiente de seguridad jurídica mediante leyes claras y autoridades que se apeguen a ellas.

III

En los años recientes, ha estado sujeto a discusión el modelo de desarrollo económico mexicano y como factor de él, la participación de la inversión extranjera. Uno de los puntos en los que se centra la discusión es el papel que la inversión extranjera debe desempeñar en el proceso de desarrollo.

En consecuencia, la legislación que rige la inversión extranjera ha sido objeto de diversas modificaciones.

El problema que ocupa la atención de este trabajo, consiste en el analizar las implicaciones del artículo 37 de la Ley de Inversión Extranjera, mismas que son negativas si se parte de la perspectiva de que la inversión foránea es generalmente benéfica para los países como el nuestro, pues alienta la economía, propicia la modernización tecnológica y crea empleos.

Las implicaciones negativas consisten en fomentar la inseguridad jurídica de los inversionistas, pues al hablar de nulidad, el artículo arriba mencionado no precisa a cuál de las formas de nulidad se refiere, además de que quienes redactaron ese artículo no calcularon las consecuencias graves que la inseguridad

IV

jurídica antes descrita puede acarrear a empresas que generalmente invierten grandes montos de capital y realizan grandes trabajos de infraestructura para estar en condiciones de operar.

El espíritu del artículo 37 aplica la nulidad como sanción, lo cual me parece improcedente si se tiene en cuenta que tiende a desalentar la inversión potencial y a poner en riesgo la ya realizada. Por tanto, ese artículo debe ser modificado para que, cuando menos, se opte por la nulidad relativa, y en el mejor de los casos, la nulidad sea sustituida por otra medida que proteja la inversión, al mismo tiempo que siga significando una sanción para las empresas que se ubiquen en el supuesto del multicitado artículo.

El último párrafo del artículo 14 constitucional señala que "en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho".⁽¹⁾

Todos los autores que se han referido al tema de la

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 102a. edición. p. 13

nulidad han coincidido en clasificarla en dos tipos: absoluta y relativa. ⁽²⁾

¿Qué pasa cuando una ley utiliza un concepto jurídico de manera ambigua, como ocurre en el artículo 37 de la Ley de Inversión Extranjera? Parece difícil que en este caso se apliquen los principios generales del derecho, pues la autoridad tendría la posibilidad de optar por cualesquiera de los dos tipos de nulidad, y con justificada razón podría el afectado alegar que la autoridad actuó arbitrariamente si esta última llega a aplicar el criterio de nulidad absoluta; lo cual puede hacer en virtud de la ambigüedad del texto legal.

Como puede apreciarse, este problema requiere que se apliquen las perspectivas de diversas ramas del derecho; básicamente, las ramas constitucional, civil y administrativa.

Desde la perspectiva constitucional, el artículo 37 pone en entredicho la garantía de seguridad jurídica.

2. George Lutzesco, Teoría práctica de las nulidades, y José Antonio González, Teoría general de las nulidades, p. 26

Desde el punto de vista del derecho civil, se hace necesario que el artículo en cuestión precise cual de los conceptos de nulidad se aplicará y por último, una sana aplicación de la perspectiva administrativa exige que se ponga coto legal a posibles abusos de la autoridad. Esto último se hace más evidente si se tiene en cuenta que la Ley de Inversión Extranjera no prevé recursos administrativos al servicio del inversionista que se considere afectado por actos de autoridad que presumiblemente violen el estado de derecho.

Este trabajo se propone demostrar las siguientes hipótesis:

1. El artículo 37 de la Ley de Inversión Extranjera atenta contra la garantía de seguridad jurídica y, en particular, contra lo que prescribe el último párrafo del artículo 14 constitucional. Esa deficiencia se deriva de la imprecisión en la que se incurre al emplear el término "nulidad", pues no se señala si se trata de nulidad absoluta o nulidad relativa.
2. La importancia que tiene para el país la inversión extranjera hace necesario que se reforme el artículo 37 de la Ley de Inversión Extranjera, a fin de que

VII

se enmienden las deficiencias mencionadas en la hipótesis anterior.

En cuanto a los objetivos que esta tesis pretende alcanzar, son los siguientes:

1. Analizar los antecedentes jurídicos de la regulación de las inversiones extranjeras en México.
2. Con base en la teoría de las nulidades, revisar el contenido de la nueva Ley de Inversión Extranjera a este respecto.
3. Demostrar que el artículo 37 de la Ley de Inversión Extranjera debe ser modificado, a fin de que se precise cual de los criterios de nulidad se aplicará cuando se dé la circunstancia señalada allí.
4. Demostrar, que en su redacción actual, el artículo 37 de la Ley de Inversión Extranjera vulnera la garantía de seguridad jurídica que establece la Constitución mexicana.

Es importante antes de avanzar con el tema de la inversión extranjera conocer lo que debe entenderse por

VIII

ella. En este estudio el concepto adoptado para definir la inversión extranjera, es aquél en el cual el inversionista extranjero coloca capital en una empresa no sólo a través de su participación económica en su capital social, sino que también a través de otros elementos que aporta para el funcionamiento de la misma.

Como se ve la inversión extranjera no sólo debe considerarse por el porcentaje que posea el socio extranjero en el capital de una empresa local, sino que también debe tomar en cuenta una serie de factores adicionales que ejercen influencia para adquirir el control de la empresa por parte de los inversionistas foráneos. Entre estos factores se pueden considerar los siguientes: transferencia de tecnología, provisión de equipos, insumos y financiamientos, etc.

Para complementar este concepto, veremos la definición de Arellano García, quien considera como inversión extranjera "la acción y efecto de colocar capital, representado en diversas formas, en un país diferente al que pertenecen y residen las personas físicas o morales beneficiarias de la aplicación de

recursos". (3)

Por lo que respecta a la legislación mexicana, la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, en su artículo 2o., considera como inversión extranjera la realizada por:

- I. Personas morales extranjeras.
- II. Personas físicas extranjeras.
- III. Unidades económicas extranjeras sin personalidad jurídica, y
- IV. Empresas mexicanas en las que participe mayoritariamente capital extranjero o en las que los extranjeros tengan, por cualquier título, la facultad de determinar el manejo de la empresa. Para plantear mejor la L.I.E. tenemos varios aspectos que nos gustaría explicar.

Esta ley tiene entre otras fallas, el gravísimo error de considerar dentro de la misma situación a todos los

3. Arellano García. Derecho Internacional Privado, p. 13

inversionistas extranjeros. Es decir, no estableció una diferencia entre las pequeñas y medianas empresas extranjeras cuya aportación de tecnología y capital no conllevan riesgos importantes y las grandes empresas transnacionales que llegan a constituir poderes autónomos capaces de retar a estados.

El objeto de la ley es la determinación de reglas para canalizar la inversión extranjera hacia el país y propiciar que esta contribuya al desarrollo nacional.

La L. I. E. sujeta a los inversionistas extranjeros a un régimen de control que en esencia abarca los siguientes campos:

- Inversión en sociedades nuevas.
- Adquisición de empresas establecidas.
- Expansión de empresas inversionistas extranjeras en nuevas actividades en nuevas líneas de productos y en nuevos establecimientos.
- Adquisición de derechos sobre inmuebles en faja territorial prohibida.

- Petróleo, petroquímica básica, electricidad, generación de energía nuclear, emisión de billetes, acuñación de moneda, etc. También se prohíbe que inviertan en ramas esenciales reservadas a mexicanos como uniones de crédito, comercio al por menor de gasolina, servicios de radiodifusión y otros de radio y televisión, distintos de televisión por cable, etc. (artículo 6 de la ley de inversión extranjera).

- En las demás ramas que no están sujetas a condición especial (art. 7 L.I.E.) la propia ley permite en su artículo 4 que 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.

Esta regla de conversión se ocupa principalmente de aquellas inversiones que se destinan al mercado nacional no de aquellas inversiones destinadas a operaciones de exportación total como en la industria maquiladora. Consecuentemente, la Comisión ha adoptado su Resolución General Número 1 (ahora número 2) que permite que las

empresas maquiladoras se constituyan y operen hasta en un 100% de capital extranjero.

Esta regla no se aplicaba a las empresas maquiladoras del sector textil cuyas actividades pudieran afectar las cuotas de exportación de México.

Dada la actual política de promoción de la inversión extranjera, y de la industria maquiladora seguida por el gobierno mexicano, el 3 de febrero de 1988 la CNIE sustituyó las resoluciones existentes por una resolución global que, entre otras cosas, ratifica la regla del 100% capital extranjero e incluye a las empresas que operan dentro de la industria textil y de prendas de vestir. Consecuentemente, las empresas maquiladoras textiles y de prendas ahora pueden constituirse hasta con un 100% del capital extranjero.

Asimismo, las empresas mexicanas existentes que se han establecido exclusivamente como empresas maquiladoras, incluyendo a las empresas textiles, pueden ser adquiridas en hasta un 100% por inversionistas extranjeros.

En ciertos casos, los accionistas minoritarios

XIII

extranjeros de las empresas maquiladoras textiles existentes constituidas con 51% de capital mexicano y 49% capital extranjero podrán incrementar su porcentaje de propiedad hasta una posición mayoritaria o del 100% sin la previa autorización de la CNIE.

Sin embargo, se recomienda que se soliciten dictámenes previos de la Comisión con respecto a casos específicos. Adicionalmente, se debe solicitar la autorización de la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) para que se elimine la limitación del 51% - 49%, establecida en el permiso original de constitución y transcrita en el acta constitutiva y los estatutos. Para efectuar estas modificaciones, debe celebrarse una asamblea extraordinaria de accionistas y deben respetarse los derechos de preferencia y del tanto de los accionistas mexicanos.

Dada la regla del 100% de capital extranjero, hay una variedad de posibles combinaciones de coinversión. Tales pueden estructurarse a la medida para satisfacer los intereses de cada inversionista. Por otro lado, los inversionistas extranjeros, así como los mexicanos, pueden actuar independientemente y tener la propiedad de 100% de sus empresas.

En todo caso, la participación del capital extranjero en los órganos de administración de la empresa no podrá exceder de su participación en el capital. Asimismo, la ley indica que el órgano competente deberá tomar en cuenta algunos criterios para la administración del capital extranjero, mismos que se encuentran en la exposición de motivos de dicha ley.

El Estado no considera conveniente que la inversión Extranjera desplace a la empresa mexicana, porque ello equivaldría a frustrar décadas de esfuerzo en favor de una industrialización independiente.

Tampoco es deseable que el capital foráneo incurra en prácticas monopólicas o limite nuestra posibilidad de superar la dependencia tecnológica.

CAPÍTULO I
ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1 Evolución histórica del otorgamiento de garantías a la inversión extranjera en México.

Para entrar en materia de inversión extranjera es importante conocer los aspectos históricos que nos permitirán analizar y comprender mejor el tema. En México, los antecedentes históricos de la inversión extranjera se remontan a la época de la Nueva España. Dificilmente podrían entenderse las actuales políticas en México con respecto a la trascendencia de la inversión extranjera en la economía nacional, sin antes tener un breve conocimiento de algunos de los principales antecedentes históricos, económicos y políticos del país.

Durante la Colonia, existió una economía con suficientes recursos para el beneficio de los conquistadores y no para crear en el nuevo mundo una base para su desarrollo. "La dependencia de las decisiones de la política económica (restricciones y controles al sistema productivo y comercial), la transformación neta de recursos hacia el exterior que motivó la carencia de ahorro disponible para activar

3
la economía, así como la inexistencia de bienes de capital y la falta de un mercado de bienes de consumo, fueron obstáculos que impidieron el progreso".(1)

Por otro lado, la forma en que se encontraba organizada políticamente la sociedad de aquel tiempo, creó el campo propicio para que la riqueza se concentrara en la minoría constituida por la clase dominante de la colonia.

Al respecto, Fernando Rosenzweig escribe que en aquella época los más ricos del reino fueron sin duda alguna los españoles; después de éstos, figuraron los comerciantes, luego las personalidades del alto clero, seguidas de los funcionarios y empleados del gobierno virreinal, los oficiales del ejército, cierta parte del bajo clero, profesionistas, propietarios y comerciantes con caudales medianos y modestos; alguna clase de artesanos y así, sucesivamente, hasta llegar a los más deteriorados ingresos de los subalternos, zagales, ayudantes de arriería, oficiales, artesanos, peones, pastores, labriegos, etc., que recibían de treinta a

1. Bazant, Jean. Historia de la deuda externa de México 1023 - 1046, p. 12

cuarenta pesos anuales, o sea "de un real por día" en comparación con algunos comerciantes que tenían ingresos de 200,000 pesos cada uno, aproximadamente; por eso Humboldt llamó a la Nueva España el país de los desiguales. (2)

A grandes rasgos, podemos ver que a lo largo de la Colonia existía una injusta distribución de la riqueza, aunada a la escasez de fuentes de trabajo y a la casi inexistencia de un sistema educativo. En gran parte puede afirmarse que en este período histórico surge la inversión extranjera, con la llegada de los españoles. Sin embargo, entonces no existe la preocupación por que dicha inversión sirva como impulsora del desarrollo económico y la redistribución de la riqueza.

El período de la Colonia lo podemos resumir en la explotación de la gran riqueza del subsuelo mexicano en beneficio de la metrópoli española durante aproximadamente tres siglos de colonizaje.

No fue sino hasta la época de la Reforma, cuando se

2. Rosenzweig, Fernando. La economía novohispana al comenzar el siglo XIX. p. 468

5
produce un cambio institucional significativo que
facilita el avance económico que se habría de observar
durante el Porfiriato.

No obstante, este período de inestabilidad político-social trae por consecuencia estancamiento económico; aunque debe destacarse que los cambios que se originan en este lapso produjeron después resultados benéficos para el desarrollo del país.

En este período tuvo auge e importancia la formación de la industria textil con maquinaria moderna, que pese a la protección arancelaria estatal no alcanzó un desarrollo suficiente por falta de mercado adecuado que alentara su producción y permitiera aprovechar economías de escala.

También era evidente la carencia de medios y vías de comunicación y la inexistencia del ahorro interno; por otro lado, la existencia de alcabalas y la supervivencia de rígidas estructuras tradicionales impedían el crecimiento económico sostenido.

Debido al sinnúmero de batallas y luchas que se suscitaron en el país durante esta época, se impidió que

6
se formara un ambiente propicio para la utilización de recursos y que se alcanzara el desarrollo económico. Por ello, durante este lapso las actividades económicas se desarrollaron en igual forma que en la Colonia. Los mercados eran cerrados y autosuficientes; el comercio exterior no sufrió gran cambio y continuaron a la cabeza las exportaciones de oro y plata; a cambio ingresaban productos que no ayudaban al progreso económico del país, ya que dichos ellos eran destinados al consumo de las clases con altos ingresos. El bienestar de la sociedad no cambió en este periodo, puesto que el ingreso seguía concentrado en un pequeño grupo privilegiado que mantenía sesgada la distribución correspondiente.

Ya instalada la república se dan cambios significativos, al consolidarse un marco jurídico favorable a la economía de mercado, la formación de capitales y la circulación de la riqueza.

Durante el Porfiriato los factores que habían venido estimulando el crecimiento de la industria cesaron; por otra parte, el precio de la plata ya no siguió descendiendo.

A partir de 1905 hubo reajustes de revaluación, de

7
tal manera que la anterior protección que ejercía el mercado cambiario dejó de favorecer la producción interna y de estimular el crecimiento de la exportación. No obstante, es durante el Porfiriato cuando la inversión extranjera ocupa el principal lugar en las tasas más o menos elevadas de formación de capital; a esto se suman ciertos factores internos, mediante una elevada exportación de productos agrícolas y el desarrollo de un pequeño sector capitalista local que, ayudado por la inflación y por el sistema tributario regresivo, creció a costa del sector subsistencia; en este período también surgió el principio de sustitución de importaciones.

Durante la revolución los diversos problemas político-sociales y económicos que se derivaron del conflicto hicieron añicos el sistema de tenencia de la tierra que mantenía una cantidad considerable de capital y mano de obra inmovilizada en el sector de subsistencia.

La Revolución fue esencialmente agraria, y este sector fue el que tuvo que pagar al desarrollo de la base industrial de México.

Por su parte, los trabajadores industriales también aportaron su contribución al capital acumulado, pero

8
probablemente esta carga no se haya perdido en este sector, toda vez que estos trabajadores estaban acostumbrados a un nivel de vida mucho más bajo que el del campo. En cuanto al sector público, que no tuvo acceso de capital extranjero desde la Revolución hasta la Segunda Guerra Mundial, canalizó fuertes cantidades de fondos a programas básicos de desarrollo que han dado ya sus rendimientos.

De lo anterior podemos deducir los siguientes factores que vienen a facilitar mejor la comprensión y el entendimiento del proceso de la inversión extranjera:

- a) Durante el período colonial la explotación de la gran riqueza del subsuelo mexicano en beneficio de la metrópoli española.
- b) Con el logro de la independencia política en 1821, la estructura económica del país no se vió afectada en grado importante.
- c) El encuentro de la economía nacional con el capital privado británico que se instaló en la minería mexicana durante los años veinte del siglo XIX, y que llenó el hueco dejado por la desaparición de España

9
como mercado exclusivo para las exportaciones
mexicanas de plata y oro, principalmente.

Este encuentro, que estuvo acompañado por créditos ingleses al país recientemente independizado, fue un desastre tanto para el país inversionista como para el país receptor, en virtud de los intentos británicos de introducir una tecnología europea avanzada en una economía post-colonial subdesarrollada.

- d) La pérdida de más de la mitad del territorio a favor de los estados unidos de Norteamérica fue un factor negativo que vino a entorpecer aún mas el desarrollo económico del país.
- e) Con Porfirio Díaz se lograron 30 años de paz política y crecimiento económico, que abre las puertas al capital privado y a la tecnología extranjera, tanto de Europa como de Norteamérica.
- f) En 1910 se pone fin a la sociedad porfiriana, que tenía como base principal, primero, la aristocracia terrateniente, y luego, los intereses económicos extranjeros que habían logrado convertir al país, a

10

principios del siglo, en una importante fuente de materias primas destinada a los países industriales de América del Norte y Europa Occidental.

g) El período comprendido entre los años 1925 y 1940 cuando se da la reforma agraria y la reconstrucción política y económica del país, se caracteriza por los continuos conflictos, tanto abiertos como velados, entre la sociedad mexicana post-revolucionaria y las inversiones privadas extranjeras en el campo de la minería, los servicios públicos y las comunicaciones. Este proceso culmina en 1938 con la expropiación de las compañías petroleras norteamericanas, británicas y holandesas.

h) Un cuarto de siglo de esfuerzo de industrialización orientado hacia adentro y altamente protegido (1945-1970), basado en el apoyo de los grupos de empresarios mexicanos y de extensos sectores de opinión pública y acompañado por la progresiva eliminación de la inversión extranjera en los renglones tradicionales (industria extractiva diferente al petróleo, servicios públicos y comunicaciones y transportes), dio lugar a la creciente participación estatal de la economía, en

11

detrimento del capital privado, en general, y del extranjero, en particular.

- i) En 1960 se da la mexicanización de las dos grandes compañías de energía eléctrica; con todo esto se apoya a los grupos empresariales mexicanos por parte del Estado.

- j) A mediados de los sesenta entra en vigor la nueva legislación minera, misma que obligó a las empresas extranjeras a vender 51% de su capital a inversionistas mexicanos y reservó al Estado el derecho de otorgar nuevas concesiones mineras sólo a empresas con 66% de capital nacional.

Como se puede apreciar, a lo largo de su historia y principalmente durante este siglo, México ha experimentado transformaciones fundamentales en su estructura productiva.

El auge creciente de la inversión extranjera en México se agudiza entre los años 1910 y finales de los años sesenta. Al concluir el Porfiriato la inversión extranjera total estimada en México fue de 1,200 millones de dólares; casi 80% de esa cifra correspondía a las

12

industrias extractivas, incluyendo el petróleo, los ferrocarriles y los servicios públicos; en 1970 sólo 6% del total permanecía en la minería; la inversión extranjera desapareció completamente del petróleo, los transportes y los servicios públicos y se concentró casi exclusivamente en los sectores manufactureros. Los cambios que se observaron en los treinta fueron la desaparición del capital extranjero de los sectores históricamente constituidos para crear una fuente de conflictos y, a su vez, la participación de éste en las actividades dinámicas generadoras de crecimiento.

1.2 Trascendencia de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera

El marco legislativo de la inversión extranjera estuvo integrado hasta hace poco tiempo por los siguientes ordenamientos jurídicos:

- a) Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.
- b) Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.

- c) Resolución General Número 1 que establece un procedimiento expedito para que la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras emita resoluciones específicas.
- d) Resolución General Número 2 que establece criterios para la aplicación de diversas disposiciones del Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.
- e) Resolución General que reforma y adiciona las resoluciones generales números 1 y 2 de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras.
- f) Decreto para el fomento y operación de la industria maquiladora de exportación.
- g) Reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas.
- h) Acuerdo de excepciones en favor de las empresas maquiladoras (nombre abreviado; al comentarlo lo presentamos completo).

El Reglamento mencionado en el inciso a) sigue vigente, en tanto que la Ley citada en el inciso b) fue sustituida por la Ley de Inversión Extranjera publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 27 de diciembre de 1993.

Entender de manera general la reglamentación de la inversión extranjera es uno de los propósitos de este trabajo, para entender el marco jurídico que rige dicha actividad.

El establecimiento de la nueva Constitución Política de México en 1917, a raíz del movimiento revolucionario, que comenzó en 1910, dio origen a que en la carta magna se consagraran derechos sociales que venían a beneficiar a los ciudadanos de México y a consolidar el nuevo Estado mexicano.

Gracias al movimiento revolucionario de 1917 se sienta un precedente para lograr que el país se autodetermine económicamente frente a la inversión extranjera; y como claro ejemplo está el artículo 27 constitucional, que declara que la nación tiene el dominio eminente de todo el territorio mexicano, guardándose para sí la facultad de otorgar concesión

sobre el mismo y sentando las bases para la legislación posterior en esas materias. En el texto constitucional existen restricciones y normas que limitan el derecho de los extranjeros en la adquisición del dominio de tierras y aguas a través de "la cláusula Calvo". Aunque en los primeros gobiernos revolucionarios tales disposiciones fueron violadas.

En los periodos de Obregón y Calles se promulga la Ley Orgánica de las fracciones I y IV del artículo 27 constitucional impuesta a los extranjeros para adquirir el dominio en el territorio, así como otras limitaciones y normas de regulación sobre el territorio nacional; todo esto condicionado por ciertas normas que imponía la Secretaría de Relaciones Exteriores.

La Cláusula Calvo, a su vez, prohibía que "en sociedades mexicanas que posean fondos rústicos con fines agrícolas" quedaran en manos de extranjeros, ni un 50% o más del interés total de la sociedad, a menos que la Secretaría de Relaciones Exteriores les conceda el permiso". Además disponía que "cuando alguna persona extranjera tuviera que adquirir por herencia, derecho cuya adquisición estuviere prohibida a extranjeros por ley, la Secretaría de Relaciones Exteriores" daría

permiso para que se hiciera la adjudicación. (art. 6o.).

La cláusula Calvo estaba contenida en el artículo 27 constitucional y era reiterada en la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera en su artículo 3o. En la nueva Ley de Inversión Extranjera esa cláusula desapareció.

Brevemente veremos algunos de los antecedentes de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, de la cual se deriva, desde luego, la existencia de la nueva Ley de Inversión Extranjera.

- a) Podemos ver que hasta antes de los años cuarenta no existía disposición alguna que legislara la inversión extranjera, a no ser por la Ley Orgánica del 27 constitucional y su Reglamento.
- b) La Ley Orgánica del Artículo 27 constitucional y el reglamento de dicha ley reiteraban la condición del artículo 27 constitucional para la regulación de la inversión extranjera. Por ejemplo, encontramos el artículo 1o. de la Ley Orgánica del Artículo 27, que reproducía la prohibición del artículo 27 para adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas

17

en una faja de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras, y de 50 en las playas, pero ampliaba la prohibición estableciendo que los extranjeros no podían participar en sociedades mexicanas que adquirieran tal dominio en la misma faja. Lo mismo sucedía con los artículos 3o, 6o, 8o, y 10o, de la misma ley.

También el reglamento de la Ley Orgánica del artículo 27 constitucional reiteraba en los artículos 1o, 2o, 4o, y 8o, lo antes mencionado sobre los derechos y obligaciones de los extranjeros en virtud de la inversión, prohibiciones que en la nueva ley sólo están vigentes parcialmente.

- c) En 1944 el Ejecutivo expidió un decreto para controlar la adquisición de bienes por parte de extranjeros y de sociedades mexicanas con socios extranjeros, tres años después se promulgó una resolución presidencial que creaba una comisión mixta intersecretarial encargada de analizar y regular las inversiones extranjeras.

La comisión la integraban representantes de la Presidencia de la República y los titulares de la

Secretaría de Relaciones Exteriores, de Hacienda y Crédito Público y de las entonces secretarías de Economía, de Agricultura y Ganadería, y de Obras Públicas.

Todo esto constituye el antecedente más significativo de la Ley para promover la inversión extranjera. La preocupación por legislar en esa materia se explica fundamentalmente por el incremento sostenido de las inversiones extranjeras en todas las ramas de la actividad económica, particularmente durante los años sesenta. A fines de la mencionada década y a principio de los setenta se multiplicaron los casos de expansión por parte de las empresas extranjeras mediante la adquisición de plantas mexicanas ya establecidas, originando la preocupación del gobierno por legislar en esta rama. A lo anterior hay que agregar el giro que dio el Poder Ejecutivo en México respecto a orientarse hacia una política de corte estatista, razón por la cual durante ese período administrativo (1970 - 1976) se promovió ante el Congreso de la Unión la aprobación de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera que entró en vigor el 9 de mayo de 1973.

Con la reglamentación actual la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera ya no sigue vigente y a sido sustituida por la Ley de Inversión Extranjera, que eliminó muchas de las restricciones señaladas por su antecesora, en tanto que el Reglamento que data de 1989, sigue vigente.

La segunda autoridad más importante dentro del contexto de la ley de inversiones era la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, integrada por los titulares de las Secretarías de Gobernación, Relaciones Exteriores, Hacienda y Crédito Público, Fomento Industrial, Trabajo y Previsión Social y Presidencia (esta última ya no existe). Art. 11.

Una de sus principales atribuciones era resolver sobre el aumento o disminución del porcentaje en que podrá participar la inversión extranjera en las diversas áreas, geográficas o de actividades económicas del país, pero sólo cuando no existan disposiciones legales o reglamentarias que exijan un porcentaje determinado, fijando las condiciones conforme a las cuales se recibirá dicha inversión.

En todo lo antes expuesto había criterios generales

20

para determinar la conveniencia de la inversión extranjera, y los establecía el artículo 13 de la ley en sus diecisiete fracciones.

La ley también hablaba del fideicomiso en fronteras y litorales en sus artículos 18 a 22. Asimismo, ordenaba en su artículo 23 la creación del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras. (3)

El registro, para efectos de inscripción se divide en cinco secciones, en donde se inscriben las personas, sociedades, fideicomisos, documentos, y resoluciones, reguladas por la ley, y que son las siguientes:

Sección primera: De personas físicas o morales
extranjeras

Sección segunda: De sociedades mexicanas con
inversionistas extranjeros.

Sección tercera: De fideicomisos.

3. Decreto publicado el 28 de diciembre de 1973 en el Diario Oficial de la Federación.

Sección cuarta: De títulos representativos de capital.

Sección quinta: Resoluciones dictadas por la comisión.

Así, a grandes rasgos podemos ver cómo se encontraba regulada hasta hace poco tiempo la inversión extranjera.

En 1993 la ley aquí comentada fue sustituida por la Ley de Inversión Extranjera cuyo espíritu tiende a propiciar la apertura económica observada en los años recientes.

Desde esta perspectiva, en su artículo 4o. la nueva Ley abre la participación de los inversionistas extranjeros en cualquier proporción, siempre y cuando no se trate de áreas de inversión que estén explícitamente restringidas por otros ordenamientos, como es el caso de las que menciona el artículo 5o. de esta misma ley, o de las señaladas por su artículo 6o. Asimismo, el artículo 7o. establece algunas restricciones a ciertas inversiones que allí se enlistan, a la par que el 8o. ordena autorización especial para participar con más de 49% de capital en ciertas actividades;(4) sin embargo, en

4. Legislación sobre propiedad industrial e inversiones extranjeras. 18a. edición. pp. 291 y .

general se observa un criterio de mayor apertura a la inversión extranjera que el que estaba presente en la antigua ley precedente, ya comentada en páginas anteriores.

1.3 Comentarios sobre el Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera

El Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 16 de mayo de 1989 y tuvo originalmente el propósito de dar cauce a la política de inversión extranjera estipulada en el Plan Nacional de Desarrollo 1989 - 1994. Para ello se partió de las siguientes premisas:

- Debe propiciarse la inversión productiva que conlleve a la generación de más y mejores empleos.
- El sector productivo nacional este en posibilidad de competir con la inversión extranjera.
- Todo proceso de modernización, en nuestros días, requiere el concurso de ese tipo de inversión.

- La tecnología moderna inherente a la inversión extranjera debe incorporarse gradualmente a la ya existente en el país, para mejorar la eficiencia de los procesos productivos. (5)

Los puntos esenciales de este Reglamento se encuentran en la fracción XIII del artículo 10., donde se define qué es una zona restringida: "La faja de territorio nacional de cien kilómetros de ancho que corre a lo largo de las fronteras y la de cincuenta kilómetros de ancho que corre a o largo de las playas del país, a que se refieren la fracción I del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los artículos 70., y 180, de la Ley y el artículo 10. de la Ley Orgánica de la Fracción I del artículo 27 de la Constitución General de la República". (6)

El artículo 50., por su parte, señala que los inversionistas extranjeros podrán participar en cualquier proporción en el capital social de las empresas, en el acto de su constitución, para realizar aquellas actividades no incluidas en la Clasificación, sin que

5. Ibidem, pp. 315.

6 Idem.

para tal efecto requieran autorización de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial; N. del A..." y tras enumerar los casos y concluir este artículo, el 6o., a su vez, aclara: "Tampoco se requerirá autorización de la Secretaría para que los inversionistas extranjeros adquieran en cualquier proporción acciones de sociedades, establecidas o en el acto de su constitución, siempre que dichas empresas operen o se constituyan para realizar actividades de maquila u otras actividades industriales o comerciales para exportación, de conformidad con las disposiciones administrativas que establezcan reglas especiales para su operación". (7)

Este reglamento es aplicable, no obstante que la Ley a la que se refiere ya no está vigente. Sin embargo, el artículo cuarto transitorio del decreto que promulgó la nueva Ley aclara que el Reglamento aquí comentado sólo seguirá vigente en todo aquello que no se oponga al nuevo ordenamiento.

1.4 Funciones de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras

7. Idem

El título Sexto de la Ley de Inversión Extranjera preserva la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, cuya existencia ya se preveía en la Ley de 1973 en su artículo 11. De acuerdo con el artículo 23 de la nueva Ley, la mencionada Comisión estará constituida por los secretarios de Gobernación, Relaciones Exteriores, Hacienda, Desarrollo Social; Energía y Minas; de Comercio y Fomento Industrial, de Comunicaciones y Transportes, del Trabajo y Previsión Social, y de Turismo.

La Comisión es presidida por el Secretario de Comercio y Fomento Industrial. Sus atribuciones, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley, son:

- I Dictar los lineamientos de política en materia de inversión extranjera y diseñar mecanismos para promover la inversión en México;

- II Resolver, a través de la Secretaría, sobre la procedencia y en su caso, sobre los términos y condiciones de la participación de la inversión extranjera de las actividades o adquisiciones con regulación específica, conforme a los artículos 8o. y 9o. de esta ley;

- III Ser órgano de consulta obligatoria en materia de inversión extranjera para las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal;
- IV Establecer los criterios para la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias sobre inversión extranjera, mediante la expedición de resoluciones generales; y
- V Las demás que le correspondan conforme al presente ordenamiento. (8)

La Comisión cuenta con un plazo de 45 días hábiles para dictaminar sobre las solicitudes de inversión que se le presenten. Este plazo se contará a partir de la fecha en que tal solicitud tenga lugar. Si la respuesta no tiene lugar en ese plazo, se dará por obtenida respuesta aprobatoria a la solicitud. (Artículo 28).

En sus criterios para dictaminar la Comisión deberá tener en cuenta los siguientes factores: los efectos de

8. Ibidem, p. 304

la inversión de que se trate sobre el empleo y la capacitación de los trabajadores; su contribución tecnológica; su cumplimiento de las disposiciones en materia ecológica y sus aportaciones para incrementar la competitividad de la planta productiva del país. (Artículo 29).

Como puede apreciarse, en el contexto de la nueva ley la Comisión de Inversiones Extranjeras desempeña funciones estratégicas, de las cuales depende en gran medida el crecimiento, la reducción o el estancamiento de la inversión extranjera. Asimismo, estas atribuciones tienen relación con el tema central de este trabajo: la nulidad, por lo que volveremos a ellas en el Capítulo III.

1.5 La Dirección General de Inversiones Extranjeras y sus facultades y atribuciones

Aunque la ley de Inversión Extranjera no especifica las facultades y atribuciones que corresponden a la Dirección General de Inversiones Extranjeras de la Secretaría de comercio y Fomento Industrial, de la lectura del citado ordenamiento se deduce que aquellas facultades y atribuciones tienen que ver, básicamente, con la

28
realización operativa de las que la ley asigna
explícitamente a la Secretaría.

Por otra parte, en su quinto artículo transitorio, la ley en cuestión señala: "Los inversionistas extranjeros y las sociedades con inversión extranjera, que a la fecha de publicación de esta ley tengan concertados programas, requisitos y compromisos ante la Comisión, su Secretario Ejecutivo o la Dirección General de Inversión Extranjera de la Secretaría, podrán someter a consideración de la citada Dirección General la exención de su cumplimiento, para lo cual esa unidad administrativa deberá responder sobre lo conducente en un plazo que no excederá de cuarenta y cinco días hábiles, contados a partir de la presentación de la solicitud correspondiente...".(9)

Esta cita refuerza la deducción arriba señalada. Sin embargo, como ya se dijo, es de recalcar la ausencia de menciones de esa Dirección en la Ley que aquí se comenta.

1.6 El Registro Nacional de Inversiones Extranjeras: Finalidades

9. Ibidem, p. 311

Este Registro, que de conformidad con el artículo 31 de la ley no tiene carácter público, incluye obligatoriamente a las siguientes personas y entidades:

- I Las sociedades mexicanas en las que participe la inversión extranjera;
- II Las personas físicas o morales extranjeras que realicen habitualmente actos de comercio en la República mexicana, y sucursales de inversionistas extranjeros establecidas en el país; y
- III Los fideicomisos de acciones o partes sociales, de bienes inmuebles y de inversión neutra, por virtud de los 10 Ibidem, p. 311 cuales se deriven derechos en favor de la inversión extranjera...(artículo 32).

Una vez que los aspirantes presenten los datos que la ley exige (mismos que se señalan en las fracciones I y II del artículo 33, el Registro expedirá la constancia correspondiente. Esta constancia debe ser renovada anualmente (artículo 35) y, por su parte, los fedatarios de actos que modifiquen la situación de una sociedad

(capital, socios, etcétera), podrán exigir a quienes les soliciten dar fe del hecho, que les presenten la constancia de inscripción en el Registro, o bien, si aquella se encuentra en proceso, la solicitud correspondiente. Si se da el caso que los solicitantes no presenten ninguno de esos documentos, el fedatario podrá dar aviso de esa omisión al Registro, dentro de los diez días hábiles siguientes a la expedición del instrumento de que se trate (artículo 34).

La ley no menciona de manera explícita la finalidad del Registro, pero se deduce que la finalidad esencial consiste en mantener un control estricto sobre la actuación de los inversionistas extranjeros en el territorio nacional.

En el capítulo siguiente se hablará del concepto de nulidad, desde el punto de vista doctrinario, a fin de estar en condiciones de hablar en el Capítulo III de cómo la nueva Ley de Inversión Extranjera -como ya lo hacía la que le precedió- recurre a la nulidad como sanción.

CAPITULO II
TEORIA GENERAL DE LAS NULIDADES

2.1 Antecedentes históricos y concepto doctrinario

Como en otros campos del derecho, el concepto de nulidad, aunque no en sentido estricto, se remonta al derecho romano, y también como en otros campos de esta disciplina, el sistema jurídico francés contribuyó en gran medida al desarrollo del concepto. A continuación se presenta una breve reseña de esta evolución.

2.1.1 En el derecho romano

A reserva de que en el apartado correspondiente se establecerán los conceptos de nulidad absoluta y nulidad relativa, aquí se recurrirá a estos términos. Sin embargo, debe hacerse notar que en los tiempos del derecho romano imperó el criterio de nulidad absoluta.

Como lo advierte Lutzesco, "sea que se trate de la falta de la forma impuesta por la ley, de la ausencia del consentimiento, de un objeto extra-commercium o de una causa inmoral, o aun de la incapacidad de las partes, el derecho romano clásico a pesar de haber sufrido la influencia del jus gentium, permaneció fiel, sin embargo,

al espíritu autoritario de la sanción tradicional: la nulidad absoluta. Porque todos los elementos del acto jurídico están provistos de las mismas condiciones, de las mismas sanciones"; (10) el contrato, la obligación, es nula si no hay consentimiento; o si el consentimiento es dado por error; o si se pretende convenir o contratar algo imposible, o si lo pretendido es ilícito, o finalmente, si quien pretende realizar el acto objeto del contrato es jurídicamente incapaz, por estado mental o edad insuficiente.

En tal virtud, la sanción que en esos casos prevé el derecho romano es, siempre, la nulidad absoluta.

Durante el Bajo Imperio Romano se dieron algunos cambios en la concepción de las nulidades. Estos cambios vinieron a modificar en algunos puntos, que no son muy importantes, los criterios prevalecientes en el Imperio Clásico.

En esencia puede decirse que "la desaparición del antiguo dualismo civil-pretorio lleva a la teoría de las

10. Lutzesco, Georges. Teoría y práctica de las nulidades. p. 81.

nulidades a una nueva concepción que puede resumirse en la creación de los grandes grupos de ineficacias: las nulidades absolutas y las nulidades relativas; cada una con una esfera más o menos grande, según la importancia de la irregularidad del acto jurídico. Porque el juez, que es en cierta forma el depositario único de todas las sanciones, después de un prolongado trabajo de discriminación se esfuerza sin cesar por establecer una cierta correlación entre la gravedad de la irregularidad del acto, y la sanción que debe imponérsele, para llegar finalmente a determinar el lugar de cada una en la escala de las ineficacias". (11)

Las nulidades absolutas procedían durante el Bajo Imperio, casi siempre, contra "causas falsas". Las fuentes de las nulidades son generalmente las mismas: la ley, y de una manera general, las buenas costumbres. El concepto puede apreciarse claramente en la siguiente referencia de Teodosio: ningún efecto debe concederse ni a los pactos, ni a los convenios, ni a los contratos, cuando su objeto haya sido prohibido por la ley... porque lo que se hace contra la ley es, no solamente inútil,

11. Ibidem, p. 90.

sino radicalmente nulo aunque el legislador no haya previsto casos en particular", y agrega que "serán igualmente nulas las consecuencias, las ejecuciones de los pactos, de los convenios y de los contratos hechos contra las leyes". (12)

En cuanto a las nulidades relativas, su campo estaba reservado exclusivamente al ámbito de acción del pretor. Se trata de una protección casi exclusivamente reservada a la víctima del acto.

La noción de la nulidad relativa se aclara bajo el desarrollo de la acción rescisoria, estructurada sobre el antiguo judicium rescisorium que había preconizado el procedimiento formulario para los procesos de la restitutio in integrum.

Como lo advierte Lutzesco, "en efecto, el derecho de Justiniano usa a propósito del dolo y la violencia, un lenguaje por completo diferente, sobre todo cuando se trata de contratos de buena fe... Al carácter un tanto

12 Ibidem, pp. 90-91.

rígido del derecho pretorio, el derecho de Justiniano substituye la ineficacia relativa..., que constituye siempre el reflejo de la buena fe. Todo consiste, pues, en discernir, en penetrar más a fondo las realidades de la vida jurídica y las causas que, bajo la presión de intereses egoístas, tratan de agitar su atmósfera." (13)

2.1.2 Derecho francés

Al arribo de los bárbaros a los antiguos territorios del Imperio Romano, los recién llegados siguieron rigiéndose por las instituciones del derecho romano, aun cuando por las peculiaridades propias de la mentalidad bárbara, se introdujeron algunos cambios de matiz que no afectaron la esencia original de las instituciones jurídicas romanas.

No obstante, conforme avanza el tiempo, los nuevos pueblos van tomando distancia de los enfoques romanos. En opinión del autor que hemos venido citando, "el derecho de la época bárbara presenta un triple aspecto: una primera imagen bien impresa, con rasgos bien claros y propios de un cuadro casi perfecto -el derecho romano-;

13. Ibidem, p. 93

una segunda imagen confusa, desproporcionada y en que los rasgos son difícilmente reconocibles -el derecho visigodo-burgundo-; finalmente, una última imagen desvanecida, ruda y remota -el derecho de los francos-, cuyas características es la resistencia contra toda inmixción, contra toda influencia romana. En tanto que persista esta resistencia permanecerá cerrado el cuadro estrecho y simple de sus instituciones empíricas, será necesario esperar que un pueblo salga de su estado psicológico tan impregnado de ideas íntimamente ligadas a su estructura personal, para comprender que la realidad de la vida es más poderosa que cualquier decisión por fuerte que sea, sobre todo cuando trata de cerrar el paso al progreso". (14)

Durante la época feudal el impulso de la teoría de la nulidad en el derecho francés sólo fue igualado por el del derecho canónico, aunque por diferentes razones. Mientras que el derecho feudal civil (casi siempre influido determinantemente por las ideas de la iglesia católica), buscaba restituir el orden que en algún momento imperó bajo el sistema romano.

De la teoría de las nulidades durante este período de la historia del hombre dice Lutzesco: "si actualmente se lanza una mirada retrospectiva a fin de tener una visión de conjunto del período feudal, se comprobará sin esfuerzo que la teoría de las nulidades continúa todavía con dificultad su infortunado destino.

"Envuelta algunas veces en la imprecisión de los nuevos términos que le quiere atribuir el derecho consuetudinario, sumergida generalmente en la incertidumbre, la confusión y el equívoco que origina la diversidad de los usos locales, flanqueada en forma constante por las herejías canónicas, se refugia continuamente al abrigo del pensamiento romano que desgraciadamente estuvo por mucho tiempo reducido a algunos haces luminosos dispersos en la complejidad consuetudinaria".

"Se comprueba de esta manera, una vez más, que la ciencia jurídica, como toda ciencia social, está sometida a las vicisitudes de la vida. No debe sorprender, pues, que precisamente en esta época en que la luz de la civilización francesa inició la inolvidable floración que le ha valido el halagador calificativo de 'milagro griego', el orden jurídico se haya visto hundido en el

círculo vicioso de la diversidad. Como quiera que sea, por esta misma diversidad el derecho consuetudinario pudo afrontar la resistencia de las antiguas reglas romanas, y al mismo tiempo, lograr mantener la lucha contra aquéllas a pesar y por encima de la efervescencia de la que Francia fue teatro durante el período feudal". (15)

Ya en el período monárquico, pueden distinguirse tres momentos que marcan el desarrollo de la teoría de las nulidades: la redacción oficial de las costumbres (la formalización del derecho consuetudinario); la influencia de Grocio y la intervención de la Ordenaza de 1510.

Estos tres hechos determinan que se perfeccione la idea original de la nulidad, misma que consiste en la existencia de dos tipos de sanciones, según se trate de una ley de utilidad pública o de una ley relativa al interés privado.

Asimismo, se refuerza la idea inicial de que la nulidad entraña una sanción, destinada a asegurar el respeto a la ley, en tanto la nulidad y la ley son

expresiones del poder público y, por lo mismo, la duración de una y otra es ilimitada, ya que ambas tienen la finalidad de defender el interés de la sociedad.

Así, el antiguo derecho francés, a diferencia del derecho romano, "se esforzó cada vez más por elaborar una concepción más simple, más clara, más eficaz. Inspirada desgraciadamente, en un espíritu de reacción contra lo que no llevara el sello francés, se ha prestado a transacciones que cuadran mal con la inteligencia del francés. Rebasando el principio de la acción de rescisión con la previa obtención de las cartas de rescisión, y conservando al mismo tiempo una acción de nulidad sin cartas del príncipe, provocó el más grande desarrollo en el juego de las nulidades". Lutzesco agrega:

"Como quiera que sea, en vísperas de la publicación del Código, el esquema de la teoría de las nulidades, es según lo hemos visto, muy claro, por lo que pueden destacarse fácilmente todos los elementos de su configuración. Los redactores del Código no han tenido más que inspirarse en ellas y repetir las sin preocuparse de su origen. Es curioso sin embargo, hacer notar que no quisieron usar el lenguaje de los comentaristas y de la práctica de los negocios. La tradición había impuesto la

etiqueta de 'nulidad absoluta' y de 'nulidad radical' para las nulidades derivadas de una ley fundada en preocupaciones de utilidad pública. Ahora bien, el Código no quiere usar dichas fórmulas; usa en cambio, las fórmulas aparecidas en el siglo XVII: 'nulo y sin ningún efecto' o 'nulo de pleno derecho'. La explicación debe buscarse en el espíritu de tradición que es uno de los rasgos característicos del francés.

"Finalmente debe afirmarse que desde el punto de vista histórico, la teoría de los actos inexistentes, fuera de algunas leves semejanzas sostenidas por el derecho romano, nada tiene de común con la teoría de las nulidades...". (16)

No obstante, prácticamente todos los autores que se han estudiado la teoría de las nulidades han encontrado la necesidad de destinar partes significativas de sus obras a precisar los conceptos fundamentales de la teoría de los actos inexistentes. Así se procederá en este trabajo, aun cuando no nos ocuparemos de definir cada una de las figuras conocidas en el campo de la inexistencia

jurídica.

De acuerdo con la teoría de la inexistencia, las causas fundamentales de esta última son las siguientes:

a) Falta de consentimiento:

- > Por incapacidad de raciocinio

- > A consecuencia de un error-obstáculo sobre
 - la naturaleza del contrato

 - la identidad del objeto

 - la causa de la obligación

b) Falta de objeto

c) Falta de causa

d) Falta de forma

Valga mencionar, en todo caso, las tres características esenciales del acto inexistente:

Primera. El acto inexistente no puede ni debe producir ningún efecto jurídico, porque desde el momento en que está desprovisto de uno de sus elementos orgánicos, sobrevendrá su muerte.

Segunda. La inexistencia opera de pleno derecho, sin que se requiera la intervención de ninguna autoridad judicial. Un juez no puede declarar la existencia de algo que no existe, reza el axioma. Sin embargo, se admite la intervención del juez en caso de controversia.

Tercera. El acto inexistente no puede ser convalidado por confirmación ni por prescripción.

¿Cuál es, a la luz de lo expuesto, la definición más adecuada del concepto de nulidad en general? En nuestra opinión, las grandes discusiones que existen en este campo tan árido hacen prácticamente imposible establecer una definición que resulte indiscutible. En todo caso, resulta más conveniente definir por separado la nulidad absoluta y la nulidad relativa, lo cual se hará en el apartado siguiente. Sin embargo, conviene tener en cuenta las siguientes reflexiones de Lutzesco, cuyas ideas hemos tomado como guía a lo largo de este capítulo:

"El estudio del problema de las nulidades no es de orden puramente teórico. Su contenido no sólo tiene un aspecto legal, sino también un aspecto práctico derivado de las realidades de la vida de los negocios, con la diferencia de que mientras en la elaboración de la ley la nulidad aparece como un dato inherente a su estructura íntima, con relación a las realidades prácticas toma el aspecto de un mal necesario ante el cual hay que inclinarse. Si se quiere, pues, determinar la noción de la nulidad, no bastará tener en cuenta las disposiciones de la ley, tampoco será suficiente considerar el acto aislado de las circunstancias que han rodeado su realización, sino que será preciso estudiarlo en su conjunto, será indispensable, además, investigar sus elementos a través de las realidades y los efectos que a veces el ingenio del hombre le ha atribuido; en una palabra, en el estudio de la sanción aún reconociendo la importancia decisiva de la ley y el interés jurídico que ha querido proteger, hay que hacer notar que el juego de las reglas jurídicas está sometido, quiérase o no, a las influencias del medio ambiente...

"Es cierto que la nulidad debe intervenir para sancionar los actos que han infringido la ley, pero condenar el ilícito no quiere decir que deba aceptarse el

triunfo de lo injusto, sobre todo cuando a la parte afectada, contratante de buena fe, nada puede imputarse.

Por otra parte, el mismo legislador ha dado el ejemplo a propósito de las liberalidades sujetas a la realización de una condición imposible, y la jurisprudencia, quizá partiendo de la misma idea, se ha esforzado en impedir que con ocasión del retorno al statu quo ante, se cometan injusticias con sacrificios excesivos para aquel que se ha obligado de buena fe". (17)

2.2 Nulidad absoluta

A menudo los autores comienzan por exponer la teoría acerca de las nulidades absolutas, con el propósito de, posteriormente, sólo describir las nulidades relativas por exclusión de las características que tienen en común con las primeras. Bajo este mismo esquema se procede en este apartado y el siguiente.

Por principio de cuentas puede afirmarse que el concepto de nulidad absoluta es aplicable a todos los actos ilícitos, lo cual hace que se excluya su aplicación

18. Ibidem, p. 19

a los casos de actos que están viciados por falta de consentimiento o el error, por ejemplo.

En opinión de Lutzesco, la mejor manera de comprender los alcances de la nulidad absoluta consiste en analizar su vinculación directa con el acto ilícito. "La noción del ilícito -dice- se superpondrá a la noción del orden público, sin que pueda pretenderse que sea descartada por completo del dominio de la nulidad relativa.

"Al colocar el problema de las nulidades absolutas al amparo del ilícito, hemos rechazado deliberadamente la idea de que la falta de consentimiento pudiera ser sancionada por la nulidad radical..."(18) Luego entonces, el hecho ilícito se supedita a la noción de orden público, de donde se sigue que es jurídicamente nulo aquello que, constituido en ilícito, se contrapone al mandato legal como expresión más acabada de la idea de orden público.

A este respecto resulta claro el contenido del artículo 2225 del Código Civil para el Distrito Federal,

18. Ibidem, p. 203

el cual señala: "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley". (19)

Desde este punto de vista pueden darse los siguientes casos de nulidad absoluta:

- a) La nulidad por ilicitud del objeto.
- b) La nulidad por ilicitud de la causa.
- c) La nulidad por falta o vicio de forma.

En lo que se refiere al primer caso, en todo contrato causa nulidad aquello que entrañe un fin ilícito, explícitamente acordado por la ley. Sin embargo, debe aclararse que conservará toda su fuerza jurídica aquella parte del contrato que no se refiera a ese fin ilícito. Por tanto, un contrato de cualquier índole que contenga parcialmente un fin ilícito, sólo será nulo en forma parcial, en lo que haga a ese fin ilícito, pero tendrá validez en todo aquello que contenga y no sea ilícito.

La causa ilícita puede darse aun cuando el fin del contrato sea lícito, y esto es motivo de nulidad. Así, por ejemplo, la venta de un arma debidamente registrada y amparada por la ley puede ser perfectamente lícita. No obstante, si al averiguar la causa que motivó la suscripción del contrato de compra-venta del arma en cuestión se descubre que la verdadera finalidad es que esa arma sea utilizada para la realización de un asesinato por encargo, el contrato será nulo absolutamente nulo, porque aun cuando su fin es lícito (la venta de un arma registrada en términos de las regulaciones respectivas), la causa que motiva la operación es ilícita.

Por último, en lo que hace al tercer inciso (la nulidad por falta o vicio de forma), cabe advertir que a partir de la promulgación del Código Napoleónico las leyes han tendido a ser flexibles en los formalismos. Sin embargo, han sobrevivido formalidades que algunas leyes han convertido en formas obligadas (por ejemplo, la obligación misma de que un contrato sea claro al determinar su objeto). El caso típico que ilustra este problema se da en el contrato de matrimonio: nadie puede decir que ha contraído matrimonio si no se ha apegado a los procedimientos solemnes establecidos por la ley; en

todo caso, podrá decir que vive en unión libre o concubinato, pero en términos jurídicos no podrá afirmar que está casado. Empero, como se sabe, aun la unión libre genera derechos y obligaciones semejantes a los del matrimonio en relación con los hijos derivados de la unión.

Lutzesco expone los siguientes rasgos básicos de la nulidad absoluta:

- 1o. El acto contrario a la ley o a su espíritu no debe producir ningún acto jurídico.
- 2o. Si se han perdido los medios directos de acción contra el acto nulo, o si la parte que tiene derecho se ha conformado con esperar la iniciativa de su contratante, la nulidad continuará afectando al acto jurídico mediante la excepción.
- 3o. Por cuanto a las personas que tienen derecho a entablar la acción de nulidad, basta pensar en el interés que se halla tras de la sanción legal para deducir que puede ser intentada por toda persona que justifique un interés legítimo, sean las partes o los terceros.

4o. Más aún, estando ligada la suerte de la nulidad a la de la ley de la que recibe su fuerza, ésta le dará también su carácter esencial, es decir, la imprescriptibilidad.

5o. Finalmente, existe el principio de que la nulidad absoluta es una sanción de naturaleza civil que obra de una manera general contra los efectos del acto.

(20)

La acción de nulidad (tanto absoluta como relativa) es una acción personal que tiene por objeto impedir o destruir los efectos jurídicos de un acto nulo. "Esto quiere decir que trátese de un acto nulo no ejecutado, o de un acto nulo ejecutado parcialmente, intervendrá para condenar los resultados que las partes se han propuesto alcanzar. Para este fin, siempre se manifiesta a través del conflicto que surge entre las reglas jurídicas formuladas por la voluntad de los contratantes y las reglas establecidas por la ley.

"La jurisprudencia siempre la ha considerado como

51

conflicto y a este efecto, basta consultar las decisiones dictadas a propósito de la causa ilícita o inmoral, del contrato de matrimonio celebrado sin respetar las condiciones de forma, y de una manera más destacada aún, a propósito de los pactos sucesorios. En todos estos casos la ineficacia ha sido pronunciada por medio de la acción, teniendo buen cuidado las sentencias de agregar que su duración se limitará" (21) al plazo previsto en el Código Civil vigente.

Para concluir este apartado debe señalarse que el rasgo esencial que define a la nulidad absoluta es que lo es de pleno derecho y, por tanto, no requiere confirmación alguna. Se da por el solo hecho de tener un determinado acto jurídico: fin o causa ilícitos, y vicios de forma.

La acción de nulidad puede intentarse contra la parte que tiene derecho de aprovecharse del acto nulo, y naturalmente, también contra sus causa-habientes, y puede ser intentada por la persona que resulte afectada por la acción, y en caso de que dicha persona desconozca la

21. Ibidem, pp. 266-278

forma de proceder y se sienta obligada a cumplir la acción nula, podrá ser auxiliada por un juez.

En cuanto a la prescripción de la nulidad, no existe. No puede prescribir lo que no es válido, diría el axioma jurídico aplicable en este caso.

La acción de nulidad invierte las consecuencias ilícitas del acto jurídico. Respecto de las partes que intervienen en el acto ilícito, anula, y en caso necesario revierte, cualquier o beneficio o perjuicio que se haya derivado de dicho acto. En relación con los terceros, puede darse el caso de que estén tan interesados en el acto jurídico objeto de nulidad (ya sea en pos de su anulación o en pro de su consumación), como las partes contratantes. Por tanto, no puede hablarse de una regla precisa en cuanto a las posibles consecuencias que se derivan del acto nulo hacia terceros.

2.3 Nulidad relativa

En lo que se refiere a la nulidad relativa, se habla de dos tipos de ella: las nulidades por vicios de consentimiento y las nulidades por causa de incapacidad.

Por lo que hace a las nulidades relativas, Lutzesco advierte que el hecho de que "el legislador haya procurado la protección directa del interés privado, no significa que haya hecho tal abstracción del interés general. Además..., ya se trate de un vicio del consentimiento o de incapacidad, no obstante que el legislador ha establecido una sanción encaminada a la protección de un interés privado, ha considerado indirectamente la salvaguarda del interés general. Por lo demás, ¿podrá negarse de una manera general que estas medidas tienen por finalidad asegurar una esfera de moralidad y de rectitud en el desarrollo de las relaciones contractuales a través del conflicto de intereses privados?

"Por otra parte, si se quiere investigar más detenidamente la naturaleza íntima de las cosas que determinan la nulidad relativa,... todo parece gravitar en torno a la noción de consentimiento, ya se trate de vicios propiamente dichos, o de incapacidades, será siempre la idea de que el consentimiento no ha sido expresado con 'suficiente claridad'.

"En fin, por lo que concierne a sus efectos, la nulidad relativa opera de la misma manera que la nulidad

54
absoluta: tiene por finalidad principal destruir retroactivamente el vínculo obligacional viciado, pero es inoperante frente a las situaciones adquiridas, y más frecuentemente, cuando pueda probarse la mala fe de su beneficiario". (22)

En el grupo de las nulidades relativas por vicios de consentimiento se encuentran tres tipos de ellas: dolo, violencia y error, mientras que en el de las nulidades causadas por incapacidades, encontramos las nulidades en los casos del menor, el incapaz mental y la mujer casada.

El dolo es un acto ilícito consistente en maniobras destinadas a engañar a la persona con la que está por establecerse una relación jurídica.

La violencia consiste en toda presión física o moral ejercida sobre una persona o sobre sus bienes con el fin de arrancarle un contrato contrario a su voluntad interna.

En cuanto al error, es la falsa creencia que se forma

22. Ibidem, p. 309-310

sobre la persona con quien se contrata o sobre la cosa que constituye el objeto de la obligación.

Esas tres circunstancias, si se reúnen determinadas condiciones, pueden hacer que un acto jurídico sea relativamente nulo.

Finalmente, en lo que hace a las nulidades por causa de incapacidad Lutzesco afirma que "el estudio de las incapacidades siempre deberá hacerse desde el punto de vista de las razones que han determinado al legislador a declarar incapacitada a una persona, por lo que sería erróneo afirmar que toda incapacidad está protegida por la nulidad relativa. Se incurriría en el mismo error si se pretendiera negar todo elemento de orden público como fundamento de la protección. La verdad es que, en esta materia, hay alguna incertidumbre, provocada, por una parte, por la intervención del Ministerio Público; por otra por el conflicto que puede surgir entre reglas de orden público y la protección concedida al interés privado; y provocada finalmente, por la naturaleza íntima de la protección misma.

En todo caso puede establecerse el principio de que las incapacidades de goce están de ordinario, sancionadas

por la nulidad absoluta, mientras que la nulidad relativa conserva su plena autoridad sobre las incapacidades de ejercicio". (23)

En este punto debe partirse de que la capacidad se define como la aptitud de una persona de ser sujeto de derechos y de hacerlos valer. Por tanto, esta calidad tiene dos aspectos: un aspecto pasivo (por cuanto se reciben derechos) y otro aspecto activo (en la medida en que se hacen valer esos derechos). Por tanto, toda cláusula de incapacidad debe remitirse a precisar de cual de esos aspectos se trata, si de incapacidad de goce (es decir, incapacidad para ser sujeto de derechos) o de incapacidad de ejercicio (o sea, la incapacidad para disponer de esos derechos).

Puesto que en principio todas las personas son capaces jurídicamente, debe entenderse que la incapacidad constituye una excepción, en cuyo caso se refiere tanto al aspecto de goce como al de ejercicio. Más aún, la incapacidad sólo puede ser establecida por un texto legal. Algunos ejemplos de esta incapacidad se refieren

23. Ibidem, p. 320-321

a los hijos naturales (en algunas legislaciones), a los extranjeros y a quienes guardan ciertas relaciones de parentesco entre sí.

Las incapacidades de ejercicio son menos comunes que las de goce y, además, suelen ser menos graves. Es el caso de las incapacidades naturales (menor edad, enajenación mental, idiotas, pródigos, etcétera). Asimismo, la incapacidad de ejercicio se da en los casos de las condenas que limitan temporal o definitivamente los derechos de los individuos (privación de patria potestad).

Si a lo largo de este capítulo se ha visto que la nulidad absoluta generalmente está inspirada en la defensa y la preservación del interés público, en tanto que la nulidad relativa a menudo responde a la defensa del interés privado, en casos como los señalados en los párrafos anteriores parecería haber cierta confusión en un punto: ¿En dónde termina el interés público y comienza el privado? Así, en el ejemplo del reo que es sentenciado y, como parte de esta sentencia, se le priva parcial o total, y temporal o definitivamente de algún o algunos derechos de ejercicio, estamos ante una situación típica en la que el juez, al afectar un interés privado (los

derechos de un individuo) e imponer un acto de nulidad relativa, esta buscando preservar el interés público, pues se supone que la no privación de los derechos del sujeto en cuestión lo haría peligroso para la sociedad.

Los rasgos generales del acto de nulidad relativa son los siguientes:

- 1o. La anulación sólo puede ser solicitada por la víctima, que es la única que se halla amparada por la protección, y también la única que puede invocarla. El interés privado encuentra aquí su expresión más completa y su afirmación más clara.
- 2o. Todos los teóricos están de acuerdo en que, aun cuando el acto es anulable, produce todos sus efectos jurídicos hasta el momento de la anulación.
- 3o. En el caso de la nulidad relativa el papel del juez tiene mayor amplitud que en el de la absoluta, ya que su apreciación recae, de una manera general, sobre cuestiones de hecho.
- 4o. Por otra parte, puesto que la nulidad relativa está íntimamente ligada con la decisión que tomará la

59
persona protegida, sólo a ella corresponde, no únicamente la iniciativa para destruir el vínculo de obligación, sino también para confirmarlo expresa o tácitamente.

50. Por último, el carácter determinante de la nulidad relativa reside en que todas las legislaciones limitan el plazo de la víctima para elegir entre confirmar el vínculo de obligación o destruirlo. (Los plazos más comunes oscilan entre diez y veinte años, aunque la legislación mexicana otorga plazos mucho más breves -en algunos casos, de seis meses). (24)

La naturaleza jurídica personal de la acción de nulidad relativa es más evidente que en el caso de la nulidad absoluta. En cuanto a su objeto, es el mismo: descubrir el vicio, destruir los efectos o las relaciones jurídicas engendradas por el acto anulable y restituir a las partes al statu quo ante, en caso de que el acto haya sido ejecutado. Por tanto, la anulación podrá tener un carácter preventivo -cuando es demandada antes de cualquier ejecución- o un carácter post factum -cuando

24. Ibidem, p. 359

tiene por finalidad el retorno a la situación anterior a la celebración del acto impugnado.

La esfera de las personas que tienen derecho a intentar la nulidad relativa es mucho más restringida que las que pueden intentar la nulidad absoluta. La razón es obvia: generalmente la nulidad absoluta se refiere a situaciones de interés público, en tanto que la relativa atañe a conflictos de índole privada.

En principio, la acción corresponde a la víctima, aunque en algunos casos, como en el de los incapacitados, las leyes prevén ciertas salvedades y obligan a los tutores a no optar, sino a efectuar e intentar por todos los medios legales a su alcance la acción de nulidad. Esto se sustenta en dos premisas obvias: el incapacitado no puede defenderse a sí mismo, y luego, el tutor del incapacitado se obliga por ley a velar por el interés de aquél.

2.4 La nulidad como sanción

Como ha podido apreciarse a lo largo de los apartados de este capítulo en todos los casos la nulidad entraña una sanción, aun cuando sea leve. Como lo advierte Lutzesco,

"desde las primeras manifestaciones del derecho, al lado de la coacción física, aparece esta sanción (la nulidad) que opera como contrapartida, por medio de relaciones jurídicas contra quien ha violado la ley.

A la iniciativa creadora del hombre, al uso más o menos ingenioso de sus esfuerzos, al juego más o menos fecundo de los intereses egoistas, la nulidad se ha encargado de poner el obstáculo del interés público y de condenar lo que es contrario a éste, a pesar de reconocer que el libre arbitrio es el mejor consejero del individuo y que el régimen de libertad es el más adecuado para asegurar su eficacia. El estado siempre ha colocado la actividad contractual bajo el control de la ley ditada a nombre y para la salvaguarda de interés general. Y todas las restricciones impuestas, hallan su justificación en estas preocupaciones de orden general que se han perseguido siempre al amparo de la misma idea: el orden público.

"La teoría de las nulidades ha fijado su primer fundamento en la idea de orden público". (25)

25. Ibidem, p. 328

Con base en lo anterior es de observarse, en primer término, que la nulidad siempre ha sido considerada una medida de coacción, es decir, una punción, en nombre del interés general -cuando se trata de nulidad absoluta- o del interés privado -en tratándose de la nulidad relativa-.

El campo propio de influencia de la nulidad es la relación jurídica derivada de los contratos. Su propósito, en el fondo, es poner en armonía el interés contractual de los particulares con el interés de la sociedad, es decir, con el orden público.

Como lo advierte el multicitado autor Lutzesco, "la historia demuestra que la nulidad ha cumplido con su misión, y ha cumplido bien porque despojándose de su primitiva rigidez entro en contacto cada vez más íntimo con las necesidades del medio, contando para ello con la colaboración de la noción de orden público que es su principal fundamento". (26)

Entonces resulta sumamente adecuada la definición

26. Ibidem, p. 360

propuesta por este teórico en el sentido de que "la nulidad, en su aspecto civil (que es fundamentalmente el que nos interesa en este trabajo, MSGC), es la sanción inherente a todo acto jurídico celebrado sin observar las reglas establecidas por la ley, para asegurar la defensa del interés general, o para expresar la protección de un interés privado". (27)

Sin embargo, debe hacerse notar que la nulidad no sólo puede revestir un carácter civil, sino también una perspectiva penal. En este caso se trata de "la sanción que por medio del acto jurídico, habrá de afectar a la persona que ha violado la ley: la nulidad es fuente de la indignidad. Esta distinción tiene importancia, sobre todo, desde el punto de vista de los efectos de la nulidad". (28)

Es en este último campo, en el del derecho penal, donde la nulidad adquiere un claro perfil de sanción. Sin embargo, ya tendremos ocasión de ver que en el caso que ocupa la atención central de este trabajo (el del

27. Ibidem, p. 361

28. Idem.

artículo 37 de la Ley de Inversión Extranjera), la nulidad por cierto ambigua entraña una drástica sanción que no sólo pone en peligro las acciones del particular directamente afectado, sino la seguridad jurídica y económica de un sinnúmero de individuos que dependen del destino de esa acción (acreedores, proveedores, empleados, etcétera), por lo que, aun tratándose en ese caso de una nulidad de carácter puramente civil, los daños que puede llegar a causar son tanto o más graves que los derivados de una nulidad en el terreno penal.

2.5 Implicaciones de inexistencia en la nulidad

Si volvemos por un momento al tema de los actos jurídicos inexistentes, recordaremos los siguientes rasgos que los distinguen:

- > La falta de uno de los elementos necesarios para que un acto exista jurídicamente es suficiente para que este último no tenga ninguna consecuencia jurídica.

- > Puesto que el acto jurídicamente inexistente no puede llegar a crear relaciones obligacionales,

en teoría es absolutamente innecesario someterlo al arbitrio judicial.

-> Al ser inexistente, el acto jurídico no requiere ser confirmado, pues como lo dice un autor, "ha nacido muerto y nada puede volverlo a la vida".

De lo antes dicho se deriva el razonamiento de que la inexistencia está implícita en la nulidad absoluta, no así en la nulidad relativa. ¿Por qué? Porque la nulidad absoluta, al igual que el acto jurídicamente inexistente, es nula de pleno derecho y, por tanto, no surte ningún efecto jurídicamente válido; incluso, hace que las cosas vuelvan al lugar que se encontraban antes del acto anulado. En cambio, la nulidad relativa requiere ser promovida por la parte afectada (casi siempre un particular frente a otro particular) y, en caso de no serlo, prescribe, con lo cual da lugar a la consumación del acto jurídico ya realizado.

El acto inexistente no prescribe, pues lo que no existe no puede prescribir, en tanto que la nulidad absoluta no prescribe porque el poder público siempre tendrá la facultad de decretarla. A su vez, la nulidad relativa si requiere ser promovida por un particular, ser

declarada por un juez y, cuando la mencionada promoción no tiene lugar, la acción puede prescribir.

En el capítulo siguiente se verá cómo está presente el concepto de nulidad en la Ley de Inversión Extranjera. Asimismo, podrá observarse cómo ese concepto tiene en este caso una de sus aplicaciones más drásticas e imprecisas.

CAPITULO III
LA NULIDAD EN LA LEY DE INVERSION
EXTRANJERA

A manera de introducción de este capítulo conviene señalar que la **Ley de Inversión Extranjera** fue publicada en el **Diario Oficial de la Federación** de fecha 27 de diciembre de 1993. Esta ley, como parte de la "modernización" y la integración del país a los mercados internacionales, promovidas por el gobierno salinista, vino a sustituir a la antigua **Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera**, misma que había sido publicada en el **Diario Oficial de la Federación** del 9 de marzo de 1973 y ya no respondía a las nuevas condiciones planteadas por la llamada "globalización".

Asimismo, como antecedente debe mencionarse aquí que el artículo 37 de la nueva ley, el cual es comentado en el apartado 3.2 y constituye el principal motivo de esta tesis, es equivalente al 28 de la ley de 1973.

En el apartado mencionado se citará el texto del artículo 28, con lo cual podrá verse que su esencia se trasladó al nuevo artículo 37.

3.1 Bujatos en la Ley

El objeto de la Ley de Inversión Extranjera, de acuerdo con su artículo 10., "es la determinación de reglas para canalizar la inversión extranjera hacia el país y propiciar que éste contribuya al desarrollo nacional". (29)

Por tanto, los sujetos de la Ley son los inversionistas, ya sea constituidos en personas morales, o encarnados en personas físicas. Esto se encuentra claramente implícito en el artículo 32 de la citada Ley, el cual establece quiénes deberán inscribirse en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras:

- "I. Las sociedades mexicanas en las que participe la inversión extranjera;

- "II. Las personas físicas o morales extranjeras que realicen habitualmente actos de comercio en la República Mexicana, y sucursales de inversionistas extranjeros establecidas en el país; y

29. Legislación sobre propiedad industrial e inversiones extranjeras, p. 292.

"III. Los fideicomisos de acciones o partes sociales, de bienes inmuebles y de inversión neutra, por virtud de los cuales se deriven derechos en favor de la inversión extranjera..."(30)

A riesgo de que esta parte del trabajo parezca reiterativa, es conveniente desmenuzar las implicaciones del artículo citado, lo cual se hará en los dos subapartados siguientes.

3.1.1 Personas físicas

El artículo 32 de la Ley de Inversión Extranjera, al referirse a las personas físicas que deben inscribirse en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, las describe como aquellas "personas físicas... extranjeras que realicen habitualmente actos de comercio en la República Mexicana..."

Por tanto, las personas físicas que son sujetos de la Ley en cuestión son todas aquellas que, o bien son inversionistas extranjeros, o representan a éstos con

30. Ibidem, pp. 305-306

71
motivo de lo cual realizan actos de comercio en
territorio nacional.

3.1.2 Unidades Económicas

Cuando hablamos de unidades económicas nos referimos, en general, a las personas morales que son sujetos de la Ley de Inversión Extranjera. Así, el artículo 23 se refiere a ellas en sus tres fracciones.

En la primer fracción habla expresamente de "las sociedades mexicanas en las que participe la inversión extranjera".

La segunda fracción hace alusión a "las personas... morales extranjeras que realicen habitualmente actos de comercio en la República Mexicana, y sucursales de inversionistas extranjeros establecidas en el país".

Por su parte, la última fracción se refiere a otro tipo de personas morales: los fideicomisos de acciones o partes sociales, de bienes inmuebles y de inversión neutra, por virtud de los cuales se deriven derechos en favor de la inversión extranjera".

En este punto cabe acotar que el artículo 18 de la ley define como inversión neutra aquella "realizada en sociedades mexicanas o en fideicomisos autorizados conforme al presente título y no se computará para determinar el porcentaje de inversión extranjera en el capital social de sociedades mexicanas".(31)

Una vez precisados los sujetos de la Ley de Inversión Extranjera es conveniente hablar de manera concreta acerca de las previsiones que en materia de nulidad contiene dicho ordenamiento.

3.2 Consecuencias por la falta de calificación

El artículo 28 de la derogada Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera decía: "Serán nulos, y en consecuencia no podrán hacerse valer ante ninguna autoridad, los actos que se efectúen en contravención a las disposiciones de esta ley y los que debiendo inscribirse en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, no se inscriban. Además, se sancionará al infractor con multa hasta por el importe de

31. Ibidem, p. 301

la operación, en su caso, que impondrá la Secretaría o el Departamento de Estado correspondiente. Las infracciones no cuantificables se sancionarán con multa hasta de \$100,000.00". (32)

De acuerdo con lo expuesto en el Capítulo II de este trabajo, es evidente que aun cuando el artículo citado no precisaba si el acto de referencia sería nulo absoluta o relativamente, sus términos parecen implicar que se trata de nulidad absoluta, pues se está hablando de nulidad sin discusión posible, de una "nulidad de pleno derecho". Pero, insistimos, esta deducción se hace a partir de la redacción del mencionado texto. En la práctica, el funcionario encargado de recurrir a la nulidad como sanción estaría en libertad de optar por la absoluta o por la relativa. Esto se prestaría a la posibilidad de abusos y corrupción, merced a la inseguridad jurídica que se deriva del artículo que se cometa.

Es de señalarse que en los artículos que seguían al

33. Marco jurídico de la inversión extranjera en México. Secretaría de Gobernación. Publicaciones del Diario Oficial de la Federación. p. 29.

28, la Ley de 1973 preveía incluso penas de prisión para los representantes, administradores y otros individuos que se vieran implicados en actos contrarios a la ley en cuestión. Sin embargo, tales penas desaparecen y son sustituidas por simples multas (que ya estaban presentes en 1973) en la Ley de 1993.

El artículo 37 de la nueva Ley de Inversión Extranjera, equivalente al 28 de la ley de 1973, señala: "Cuando se trate de actos efectuados en contravención a las disposiciones de esta ley, la Secretaría podrá revocar las autorizaciones otorgadas.

"Los actos, convenios o pactos sociales y estatutarios declarados nulos por la Secretaría, por ser contrarios a lo establecido en esta ley, no surtirán efectos legales entre las partes ni se podrán hacer valer ante terceros". (33)

En el artículo 38 se habla de las sanciones que se impondrán a quienes infrinjan los preceptos de la ley.

33. Legislación sobre propiedad industrial e inversiones extranjeras. p. 308.

Todas esas sanciones consisten en multas, excepto la declaración de nulidad, que en este caso -como en la ley de 1973- adquiere claramente el perfil de sanción.

Como se puede observar en el artículo 37, aunque la redacción fue modificada en relación con la del artículo 28 de la ley de 1973, la esencia es la misma:

a) En primer lugar, la nulidad es adoptada como sanción de un acto ilícito;

b) en segundo lugar, se propicia la ambigüedad -y con ello, la arbitrariedad del funcionario encargado de aplicar la sanción.

Al no precisar de que nulidad se habla, aun cuando a juzgar por la redacción del artículo 37 (que es aún más ambigua que la del artículo 28 de la Ley de 1973), estamos ante un caso de nulidad absoluta.

Más aún, si nos remitimos a lo dicho en el Capítulo II veremos que, por definición, el solo hecho de que la declaración de nulidad a la que se refiere el artículo 37 de la Ley, sea hecha por una autoridad, hace evidente que esa declaración se hace en nombre del interés público, el

76
cual es salvaguardado por la ley. Luego entonces, la nulidad que busca preservar el interés público es de índole absoluta, a diferencia de la relativa, que busca preservar el interés de los particulares frente a otros particulares.

Y aunque sería de esperarse que este asunto quedara aclarado y precisado en el Reglamento de la Ley, no ocurre así. El Reglamento, en cambio, no contiene ninguna referencia al tema de las sanciones y, por tanto, no nos dice de qué nulidad habla el artículo 37 de la ley.

Las consecuencias de la ambigüedad o falta de definición del artículo 37 están a la vista: un artículo que establece una sanción y no precisa los criterios en los que se sustentará dicha sanción, ni los alcances que tendrá, atenta contra una de las garantías fundamentales del ciudadano, que es la de certeza jurídica.

Esta situación se ve negativamente reforzada por el hecho de que la ley no prevé ningún recurso de revisión, con lo cual se contraviene el espíritu del artículo 104 constitucional. En el apartado siguiente abundaremos en estos puntos.

3.3 Certeza jurídica

Procede recordar aquí algunos preceptos fundamentales de la Constitución Política vigente, a fin de demostrar hasta qué punto el artículo 37 de la Ley de Inversión Extranjera atenta contra la certeza jurídica.

El último párrafo del artículo 14 constitucional advierte que "en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho".(34)

Este precepto nos da la pauta para afirmar que en el caso de la nulidad a la que se refiere el multicitado artículo 37, ante la ambigüedad de lo que señala, debe atenderse a los principios generales del derecho y a los más elementales criterios de justicia, asentados en la propia Constitución, con el propósito de salvar la deficiencia de la Ley de Inversión Extranjera. No obstante, persistiría la amenaza contra la seguridad jurídica.

34. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

p. 13

78

El antepenúltimo párrafo del artículo 16 constitucional contiene una referencia a los actos administrativos, como lo serían en este caso los que emprendería la autoridad para declarar la nulidad de los actos a los que se refiere el artículo 37 de la ley de Inversión Extranjera. Dice el mencionado párrafo: "La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose, en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos". (35)

En el artículo 37 no existe ninguna relación con el tema de los cateos, pero sí con los actos de la autoridad administrativa, por lo cual su espíritu, aunque no su letra, resulta aplicable en el caso que ocupa la atención de esta tesis.

Esto nos remite al contenido del artículo 104

35. Ibidem, p. 15

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

79
constitucional, donde se establecen funciones de los
tribunales federales. Dice este artículo:

"Art. 104.- Corresponde a los tribunales de la
Federación conocer:

"I-A. De todas las controversias del orden civil *
o criminal que se susciten sobre el
cumplimiento y aplicación de leyes federales
o de los tratados internacionales celebrados
por el Estado mexicano. Cuando dichas
controversias sólo afecten intereses
particulares, podrán conocer también de
ellas, a elección del actor, los jueces y
tribunales del orden común de los Estados y
del Distrito Federal. Las sentencias de
primera instancia podrán ser apelables ante
el superior inmediato del juez que conozca
del asunto en primer grado;

"I-B. De los recursos de revisión que se
interpongan contra las sentencias
definitivas de los tribunales de lo

* Los marcados son nuestros

80

contencioso-administrativo a que se refieren la fracción XXIX-H del artículo 73 y fracción IV, inciso e) del artículo 122 de esta Constitución, sólo en los casos que señalen las leyes. Las revisiones, de las cuales conocerán los Tribunales Colegiados de Circuito, se sujetarán a los trámites que la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución fije para la revisión en amparo indirecto, y en contra de las resoluciones que en ellas dicten los Tribunales Colegiados de Circuito no procederá juicio o recurso alguno;

"II. De todas las controversias que versen sobre derecho marítimo;

"III. De aquellas en que la Federación fuese parte;

"IV. De las que se susciten entre dos o más Estados, o un Estado y la Federación, así como las que surgieren entre los tribunales del Distrito Federal y los de la Federación, o un Estado;

"V. De los casos concernientes a miembros del cuerpo diplomático y consular". (36)

De la primer fracción del artículo 104 constitucional se deduce que, aun cuando la Ley de Inversión Extranjera no lo precisa, es natural que el particular afectado por un acto del cual puede reclamar la nulidad relativa, podrá recurrir a los tribunales del orden común, en tanto que si se trata de una declaración de nulidad absoluta emitida por una autoridad administrativa, el asunto sería competencia de los tribunales del orden civil, en la fase de apelación. El problema se presenta cuando vemos que el dictamen de nulidad sería emitido por una autoridad administrativa y no por un tribunal, lo cual nos remite al campo del derecho administrativo.

Al hablar de las facultades del Tribunal Fiscal de la Federación, (un tribunal típicamente administrativo, de acuerdo con la teoría), el profesor Gabino Fraga recuerda que "el Tribunal Fiscal de la Federación abrió el camino para el establecimiento de otros tribunales administrativos y con el conocimiento de su

82

constitucionalidad hecha por las reformas de 1946 y 1967 al artículo 104 de la propia Constitución, que autorizó a las leyes federales para instituir tribunales de lo contencioso-administrativo dotados de plena autonomía para dirimir controversias sobre la Administración Pública Federal o del Distrito Federal, la ley de 26 de febrero de 1971 (D. O. de 17 de marzo de 1971 y 4 de enero de 1973) creó el Tribunal de lo contencioso-administrativo del Distrito Federal que ha venido funcionando de acuerdo con dichos ordenamientos los cuales han sido adicionados y reformados por la Ley del Congreso de 27 de diciembre de 1978, publicada en el **Diario Oficial** de 3 de enero de 1979.

"De acuerdo con dichas leyes el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal está dotado de plena autonomía para dictar sus fallos, es independiente de cualquier autoridad administrativa y tiene a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre el Departamento del Distrito Federal como autoridad local y los particulares (art. IV.)" (37)

La pregunta que se plantea aquí es: ante una declaración de nulidad emitida por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial a propósito de infracciones a la Ley de Inversión Extranjera, el particular que se considere arbitrariamente sancionado ¿ante quién tiene la posibilidad de recurrir en revisión o apelación? ¿Ante un tribunal administrativo o ante uno civil?

En nuestra opinión, el particular en cuestión debe recurrir a un tribunal civil, como se verá en el primer apartado del Capítulo 4, donde se comentan brevemente los preceptos del Código Civil en materia de nulidades e inexistencias.

A partir de la segunda fracción del artículo 104 constitucional se infiere que, en virtud de que la Ley de Inversión Extranjera no prevé a qué instancias puede recurrir el particular que se considere afectado en sus garantías por una declaración administrativa de nulidad, debe aplicarse supletoriamente la parte correspondiente del Código Civil.

De la fracción III del artículo arriba comentado podría deducirse que al ser parte de la federación en una controversia derivada de una declaración de nulidad en

84

materia de inversión extranjera, podría recurrirse a los tribunales de lo contencioso-administrativo. Parece imposible contradecir esta deducción. Sin embargo, a partir de lo analizado hasta aquí parecería más lógico recurrir a un tribunal civil.

3.4 Factores de inseguridad jurídica

En este apartado sólo queda resumir las ideas esenciales derivadas de los anteriores, en lo que se refiere a los factores del artículo 37 de la Ley de Inversión Extranjera que configuran una situación de inseguridad jurídica.

- a) No se define de qué tipo de nulidad se habla, aunque por la naturaleza de los actos a los que se refiere el artículo 37, en teoría se supondría una nulidad absoluta, toda vez que ésta sería declarada por una autoridad administrativa en nombre del interés público.

- b) Al no definirse de qué tipo de nulidad se habla en el artículo 37, se deja al libre albedrío de la autoridad administrativa (en este caso, la

Secretaría de Comercio y Fomento Industrial) el criterio de decisión para sancionar.

- c) Por último, tal vez lo más grave es que la Ley no prevé ningún recurso que el particular afectado por una declaración de nulidad pueda emplear para intentar que su acto objeto de nulidad sea convalidado por otra instancia en revisión.

3.5 Participación del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras

Como puede observarse al revisar el contenido del Título Séptimo de la Ley de Inversión Extranjera, el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras tiene suma importancia como entidad que puede documentar la existencia de irregularidades ameritantes de una declaración de nulidad.

Antes de describir esa participación del Registro es prudente glosar el contenido del artículo 38 de la misma Ley, el cual enumera las posibles infracciones en las que puede incurrir el inversionista. Dice el mencionado artículo:

"Artículo 38.- Las infracciones a lo establecido en esta ley y sus disposiciones reglamentarias, se sancionarán de acuerdo a lo siguiente:

- "I. En caso de que la inversión extranjera lleve a cabo actividades, adquisiciones o cualquier otro acto que para su realización requiera resolución favorable de la Comisión, sin que ésta se haya obtenido previamente, se impondrá multa de mil a cinco mil salarios;

- "II. En caso de que personas morales extranjeras realicen habitualmente actos de comercio en la República Mexicana, sin haber obtenido previamente la autorización de la Secretaría, se impondrá multa de quinientos a mil salarios;

- "III. En caso de realizar actos en contravención a lo establecido en esta ley o en sus disposiciones reglamentarias en materia de inversión neutra, se impondrá multa de cien a trescientos salarios;

- "IV. En caso de omisión, cumplimiento extemporáneo, presentación de información incompleta o incorrecta respecto de las obligaciones de inscripción, reporte o aviso al Registro por parte de los sujetos obligados, se impondrá multa de treinta a cien salarios;
- "V. En caso de simulación de actos con el propósito de permitir el goce o la disposición de bienes inmuebles en la zona restringida a personas físicas o morales extranjeras o a sociedades mexicanas que no tengan cláusula de exclusión de extranjeros, en contravención a lo dispuesto por los títulos segundo y tercero de esta ley, se sancionará al infractor con multa hasta por el importe de la operación; y
- "VI: En caso de las demás infracciones a esta ley o a sus disposiciones reglamentarias, se impondrá multa de cien a mil salarios....

"...Corresponderá a la Secretaría la imposición de

las sanciones excepto por lo que hace a la infracción a la que se refiere la fracción V de este artículo y las demás relacionadas con los títulos segundo y tercero de esta ley, que serán aplicadas por la Secretaría de Relaciones Exteriores.

La imposición de las sanciones a que se refiere el presente título, serán sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que en su caso corresponda." (38)

De la cita anterior se infiere cuál es la participación del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras en lo que se refiere a la imposición de sanciones a los inversionistas extranjeros. Dicha participación consiste en que lo allí registrado u omitido, en términos de la ley, servirá como prueba contundente en la que se basará la autoridad administrativa para emitir su dictamen de nulidad.

Cierto es que el Registro es una entidad que no está abierta a la consulta pública lo cual refuerza nuestra

38. Legislación sobre propiedad. Op., cit., pp. 308-310

afirmación, upues al tratarse de un registro que no esta ⁸⁹
abierto al público, esto significa que esta al servicio
de la autoridad.

Una entidad que vendría a reforzar la presencia del
Registro Nacional de Inversiones Extranjeras como
"testigo" en los procedimientos de nulidad sería el
Registro Público de la Propiedad y el Comercio de la zona
geográfica donde se encuentre asentada la constitución de
la sociedad de que se trate, o se hallen asentados los
actos de propiedad y comercio que realicen las personas
físicas que compartan esta condición con la de
inversionistas extranjeros.

CAPITULO IV
LA CONVALIDACION

4.1 Extinción de la acción de nulidad

En este apartado es necesario analizar lo que preve el Código Civil para el Distrito Federal en materia de nulidades. De este modo estaremos en posibilidad de definir si en el caso que nos ocupa procede o no la extinción y si procede, en qué terminos lo hace.

Sólo nos referiremos a un precepto del Código Civil en el que se habla esplicitamente de nulidad absoluta, concepto que como ha quedado dicho en capitulos anteriores, es el que nos interesa aquí.

El artículo 2226 establece: "La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción". (39)

El contenido de este artículo es contundente: la nulidad absoluta no prescribe ni se extingue. Esto obedece a una razón que ya había sido señalada al analizar la doctrina en el Capítulo 2: por ser producto de un acto ilícito, aquel al que se refiere la nulidad "nace muerto", y sólo causa efectos jurídicos provisionales, hasta en tanto la autoridad no declare la nulidad.

Y aunque el artículo glosado habla del dictamen de un juez, en el caso de la ley de Inversión Extranjera nos encontramos ante el dictamen de una autoridad administrativa facultada para declarar la nulidad. Los efectos jurídicos de este acto se resumen en el artículo 2239, mismo que estipula: "La anulación del acto obliga a las partes a restituirse lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado".(40)

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, por los razonamientos hechos en la parte final del Capítulo 3, la situación es bastante delicada, sobre todo en lo que se

40. Ibidem, p. 391

refiere a los terceros perjudicados por la declaración de nulidad. Estos terceros a menudo pueden ser empleados o acreedores. Esto refuerza la opinión ya expresada aquí, en el sentido de que la autoridad debe ser sumamente cuidadosa al declarar la nulidad absoluta.

4.2 Aplicación de las políticas en materia de inversiones extranjeras y su fundamento

Básicamente, el sustento jurídico de la aplicación de las políticas públicas en materia de inversiones extranjeras se encuentra en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la Ley y su Reglamento que han venido siendo citados aquí.

Por lo que se refiere a la Constitución Política, son aplicables los artículos 27 y 28. El primero, en lo que hace al dominio de la Nación sobre el territorio y los recursos naturales que hay sobre o debajo de él. El segundo, en cuanto establece cuales campos de inversión son los exclusivos del Estado y cuales requieren permiso o concesión especial para que un particular pueda incursionar en ellos.

Ambos artículos, el 27 y el 28, han sido objeto de

constantes modificaciones, como parte del proceso de "modernización" y apertura económicas promovidas por los dos gobiernos federales, por lo cual es de preverse que en el futuro inmediato la legislación en materia de inversión extranjera siga cambiando de manera constante, siempre tendiendo a restringir el ámbito de acción económica del Estado y ampliando el de los particulares.

Puede afirmarse que, de manera directa, el fundamento de la legislación en materia de inversión extranjera (y la facultad derivada de anular esta última) se deriva del contenido del artículo 28 constitucional.

Esto nos lleva a la idea de que cuando la autoridad declara la nulidad de un acto jurídico (en este caso, de una inversión extranjera, sus causas y motivos y sus consecuencias jurídicas), lo hace en nombre del interés público y en aras de evitar o corregir un acto ilícito. Luego entonces, la nulidad de la que nos ocupamos en este trabajo no puede ser convalidada, porque sus vicios de origen la hacen inexistente para efectos jurídicos, aun cuando provisionalmente surtan efecto las transacciones que se hayan realizado antes de la intervención de la autoridad.

4.3 El artículo 37 de la Ley de Inversión Extranjera como factor de inseguridad jurídica

Sería reiterativo abundar de nuevo aquí en las razones que hacen del artículo 37 de la Ley de Inversión Extranjera un factor de inseguridad jurídica. Tales razones ya han quedado suficientemente expuestas y analizadas en el curso del Capítulo 3.

En todo caso, no está de más insistir en que la gravedad de las implicaciones económicas que puede tener una declaración de nulidad en tratándose de una inversión extranjera es sumamente trascendente, de ahí que la autoridad deba ser muy cuidadosa al estudiar su dictamen, además de que los particulares -como lo exige un sistema jurídico equilibrado- deben contar en esa circunstancia con recursos que les permitan buscar la reversión del acto de autoridad, en el caso de que aquel sea evidentemente injustificado o arbitrario; circunstancias que a menudo confluyen en las decisiones y los actos administrativos de autoridad, como lo es la declaración de nulidad a la que se ha referido este trabajo.

Asimismo, sería conveniente que el artículo 37 precisara algo que se infiere desde el punto de vista de

la teoría y la doctrina de las nulidades, pero que el lego no conoce. Esto puede motivar que la autoridad incurra en abusos y arbitrariedades. La precisión que se sugiere aquí versaría sobre el hecho de que se trata de una nulidad absoluta y no de una relativa, con lo cual el particular afectado "ya sabría a qué atenerse".

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Con base en lo expuesto a lo largo de este trabajo pueden sustentarse las siguientes conclusiones:

1. A lo largo de este trabajo fueron analizadas las implicaciones del artículo 37 de la Ley de Inversión Extranjera, mismas que son negativas si se parte de la perspectiva de que la inversión foránea es generalmente benéfica para los países como el nuestro, pues alienta la economía, propicia la modernización tecnológica y crea empleos.
2. Como ha podido observarse, las implicaciones negativas consisten en fomentar la inseguridad jurídica de los inversionistas, pues al hablar de nulidad, el artículo arriba mencionado no precisa a cuál de las formas de nulidad se refiere, además de que quienes redactaron ese artículo no calcularon las consecuencias graves que la inseguridad jurídica antes descrita puede acarrear a empresas que generalmente invierten grandes montos de capital y realizan grandes trabajos de infraestructura para estar en

condiciones de operar.

3. El espíritu del artículo 37 aplica la nulidad como sanción, lo cual creo improcedente si se tiene en cuenta que tiende a desalentar la inversión potencial y a poner en riesgo la ya realizada. Por tanto, ese artículo debe ser modificado para que, cuando menos, se opte por la nulidad relativa, y en el mejor de los casos, la nulidad sea sustituida por otra medida que proteja la inversión al mismo tiempo que siga significando una sanción para las empresas que se ubiquen en el supuesto del multicitado artículo.
4. Debe recordarse que el último párrafo del artículo 14 constitucional señala que "en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho".
5. Hemos precisado que todos los autores que se han referido al tema de la nulidad han coincidido en clasificarla en dos tipos: absoluta y relativa.

Asimismo, nos hemos preguntado: ¿Qué pasa cuando una ley utiliza un concepto jurídico de manera ambigua, como ocurre en el artículo 37 de la ley de Inversión Extranjera? Parece difícil que en este caso se apliquen los principios generales del derecho, pues la autoridad tendría la posibilidad de optar por cualesquiera de los dos tipos de nulidad, y con justificada razón podría el afectado alegar que la autoridad actuó arbitrariamente si esta última llega a aplicar el criterio de nulidad absoluta, lo cual puede hacer en virtud de la ambigüedad del texto legal.

6. Es evidente, pues, que este problema requiere que se apliquen las perspectivas de diversas ramas del derecho; básicamente las ramas constitucional, civil y administrativa.

7. Desde la perspectiva constitucional, el artículo 37 pone en entredicho la garantía de seguridad jurídica. Desde el punto de vista del derecho civil, se hace necesario que el artículo en cuestión precise cual de los conceptos de nulidad se aplicará y, por último, una sana aplicación de la perspectiva administrativa exige que se ponga

coto legal a posibles abusos de la autoridad. Esto último se hace más evidente si se tiene en cuenta que la Ley de Inversión Extranjera no prevé recursos administrativos al servicio del inversionista que se considere afectado por actos de autoridad que presumiblemente violen el Estado de Derecho.

8. Por lo tanto, han quedado demostradas las hipótesis expuestas en la Introducción, a saber:

- a) El artículo 37 de la Ley de Inversión Extranjera atenta contra la garantía de seguridad jurídica y, en particular, contra lo que prescribe el último párrafo del artículo 14 constitucional. Esa deficiencia se deriva de la imprecisión en la que se incurre al emplear el término "nulidad", pues no se señala si se trata de nulidad absoluta o nulidad relativa.
- b) La importancia que tiene para el país la inversión extranjera hace necesario que se reforme el artículo 37 de la Ley de Inversión Extranjera, a fin de que se

enmienden las deficiencias mencionadas en la hipótesis anterior.

9. Al exponer la teoría de las nulidades ha quedado claro que:

1o. El acto contrario a la ley o a su espíritu no debe producir ningún acto jurídico.

2o. Si se han perdido los medios directos de acción contra el acto nulo, o si la parte que tiene derecho se ha conformado con esperar la iniciativa de suco-contratante, la nulidad continuará afectando al acto jurídico mediante la excepción.

3o. Por cuanto a las personas que tienen derecho a entablar la acción de nulidad, basta pensar en el interés que se halla tras de la sanción legal para deducir que puede ser intentada por toda persona que justifique un interés legítimo, sean las partes o los terceros.

4o. Más aún, estando ligada la suerte de la

nulidad a la de la ley de la que recibe su fuerza, ésta le dará también su carácter esencial, es decir, la imprescriptibilidad.

5o. Finalmente, existe el principio de que la nulidad absoluta es una sanción de naturaleza civil que obra de una manera general contra los efectos del acto.

10. Asimismo, es evidente que la acción de nulidad (tanto absoluta como relativa) es una acción personal que tiene por objeto impedir o destruir los efectos de un acto nulo. Esto quiere decir que tratándose de un acto nulo no ejecutado, o de un acto nulo ejecutado parcialmente, intervendrá para condenar los resultados que las partes se han propuesto alcanzar. Para este fin, siempre se manifiesta a través del conflicto que surge entre las reglas jurídicas formuladas por la voluntad de los contratantes y las reglas establecidas por la ley.

11. El rasgo esencial que define a la nulidad absoluta es que opera de pleno derecho y, por tanto, no requiere confirmación alguna. Se da

por el solo hecho de tener un determinado acto jurídico: fin o causa ilícitos, y vicios de forma.

12. La acción de nulidad puede intentarse contra la parte que tiene derecho de aprovecharse del acto nulo y, naturalmente, también contra sus causahabientes, y puede ser intentada por la persona que resulte afectada por la acción, y en caso de que dicha persona que resulte afectada por la acción, y en caso de que dicha persona desconozca la forma de proceder y se sienta obligada a cumplir la acción nula, podrá ser auxiliada por un juez.
13. En cuanto a la prescripción de la nulidad absoluta, no existe. No puede prescribir lo que no es válido, diría el axioma jurídico aplicable en este caso.
14. En general, la acción de nulidad invierte las consecuencias ilícitas del acto jurídico. Respecto de las partes que intervienen en el acto ilícito, anula, y en caso necesario revierte, cualquier beneficio o perjuicio que se haya

105

derivado de dicho acto. En relación con los terceros, puede darse el caso de que estén tan interesados en el acto jurídico objeto de nulidad (ya sea en pos de su anulación o en pro de su consumación), como las partes contratantes. Por tanto, no puede hablarse de una regla precisa en cuanto a las posibles consecuencias que se derivarían del acto nulo hacia terceros.

15. A lo largo de este trabajo ha quedado claro que en todos los casos la nulidad entraña una sanción, aun cuando sea leve. Como lo advierte Lutzesco, "desde las primeras manifestaciones del derecho, al lado de la coacción física, aparece esta sanción (la nulidad) que opera como contrapartida, por medio de relaciones jurídicas contra quien ha violado la ley.

A la iniciativa creadora del hombre, al uso más o menos ingenioso de sus esfuerzos, al juego más o menos fecundo de los intereses egoístas, la nulidad se ha encargado de poner el obstáculo del interés público y de condenar lo que es contrario a éste, a pesar de reconocer que el libre arbitrio es el mejor consejero del individuo y

106

que el régimen de libertad es el mas adecuado para asegurar su eficacia. El Estado siempre ha colocado la actividad contractual bajo el control de la ley ditada a nombre y para la salvaguarda del interés general. Y todas las restricciones impuestas, hallan su justificación en estas preocupaciones de orden general que se han perseguido siempre al amparo de la misma idea: el orden público.

16. Con base en lo anterior es de observarse, en primer término, que la nulidad siempre ha sido considerada una medida de coacción, es decir, una **sanción**, en nombre del interés general -cuando se trata de nulidad absoluta- o del interés privado -en tratándose de la nulidad relativa-.
17. El campo propio de influencia de la nulidad es la relación jurídica derivada de los contratos. Su propósito, en el fondo, es poner en armonía el interés contractual de los particulares con el interés de la sociedad, es decir, con el orden público.
18. Sin embargo, debe hacerse notar que la nulidad no

107

sólo puede revestir un carácter civil, sino también una perspectiva penal. Es en este último campo, en el del derecho penal, donde la nulidad adquiere un claro perfil de sanción.

Sin embargo, ya tendremos ocasión de ver que en el caso que ocupa la atención central de este trabajo (el del artículo 37 de la Ley de Inversión Extranjera), la nulidad -por cierto ambigua- entraña una drástica sanción que no sólo pone en peligro las acciones del particular directamente afectado, sino la seguridad jurídica y económica de un sinnúmero de individuos que dependen del destino de esa acción (acreedores, proveedores, empleados, etcétera), por o que, aun tratándose en ese caso de una nulidad de carácter puramente civil, los daños que puede llegar a causar son tanto o más graves que los derivados de una nulidad en el terreno penal.

19. En alusión concreta al contenido del artículo 37 de la Ley de Inversión Extranjera debe decirse que sus deficiencias radican en los siguientes puntos:

- a) No se define de qué tipo de nulidad se habla, aunque por la naturaleza de los actos a los que se refiere el artículo 37, en teoría se supondría una nulidad absoluta, toda vez que ésta sería declarada por una autoridad administrativa en nombre del interés público.
- b) Al no definirse de qué tipo de nulidad se habla en el artículo 37, se deja al libre albedrío de la autoridad administrativa (en este caso, la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial) el criterio de decisión para sancionar.
- c) Por último, tal vez lo más grave es que la ley no prevé ningún recurso que el particular afectado por una declaración de nulidad pueda emplear para intentar que su acto objeto de nulidad sea convalidado por otra instancia en revisión.

20. Por tanto, considero que proceden las siguientes recomendaciones:

Primera.- Que sea reformado el artículo 37 de la Ley de Inversión Extranjera, a fin de que en su texto se precise a qué tipo de nulidad se hace referencia, aun cuando de acuerdo con la teoría expuesta a lo largo del Capítulo 2 de este trabajo se entiende axiomáticamente que se trata de nulidad absoluta.

Segunda.- Que se limite la esfera de acción de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial en lo que hace a la declaración de nulidad, con el fin de que el particular afectado por el procedimiento tenga la posibilidad de ser oído.

Tercera.- Que en un capítulo especial de la Ley -como se hace en todos los ordenamientos administrativos y, en general, en todo tipo de leyes- se establezcan recursos de revisión y apelación (de preferencia utilizables ante otras instancias) que le permitan al particular revertir la acción de la autoridad administrativa en aquellos casos en los que claramente se esté cometiendo una injusticia.

21. Las recomendaciones antes mencionadas son válidas

porque debe recordarse que cuando hablamos de personas físicas o morales participantes en inversiones extranjeras sabemos que están en juego montos de inversión significativos, con todo lo que esto implica: la existencia de instalaciones de infraestructura costosas y complicadas, empleos -a veces numerosos- que pueden desaparecer como consecuencia de una simple declaración administrativa, que bien podría resultar ser arbitraria, etcétera. Esto obliga a la autoridad a ser sumamente cuidadosa en sus determinaciones, y al legislador, a otorgar al particular medios de defensa que contrarresten la potencial inseguridad jurídica en la que se encuentra en este caso.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA ROMERO, Miguel.

Teoría general del derecho administrativo.

10a. edición.

Editorial Porrúa, S. A.

México, 1991.

ARMIENTA HERNANDEZ, Gonzalo.

Tratado teórico-práctico de los recursos administrativos.

2a. edición.

Editorial Porrúa, S. A.

México, 1992.

BAUCHE GARCIADIEGO, Mario.

La empresa. Nuevo derecho industrial. Contratos
comerciales y sociedades mercantiles.

2a. edición.

Editorial Porrúa, S. A.

México, 1983.

BECERRA BAUTISTA, José.

El proceso civil en México.

14a. edición.

Editorial Porrúa, S. A.

México, 1994.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio.

Derecho constitucional mexicano.

8a. edición.

Editorial Porrúa, S. A.

México, 1991.

CASTRO, Juventino V.

El sistema del derecho de amparo.

2a. edición.

Editorial Porrúa, S. A.

México, 1992.

ESTRELLA MENDES, Sebastián.

Estudio de los medio de impugnación en el Código de
Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y la
procedencia del juicio de amparo.

2a. edición.

Editorial Porrúa, S. A.

México, 1987.

FRAGA, Gabino.

Derecho administrativo.

31a. edición.

Editorial Porrúa, S. A.

México, 1992.

GONGORA PIMENTEL, Genaro David y Guadalupe Saucedo
Zavala.

La suspensión del acto reclamado. Compilación alfabética
de tesis jurisprudenciales y precedentes.

2a. edición.

Editorial Porrúa, S. A.

México, 1991.

LUTZESCO, Georges.

Teoría y práctica de las nulidades.

6a. edición.

Editorial Porrúa, S. A.

México, 1985.

MARCHIORI, Hilda.

El recurso administrativo en México.

2a. edición.

Editorial Porrúa, S. A.

México, 1992.

MARQUES GONZALEZ, José Antonio.

Teoría general de las nulidades.

Editorial Porrúa, S. A.

México, 1992.

POLO BERNAL, Efraín.

El juicio de amparo contra leyes. Sus procedimientos y formularios básicos.

Editorial Porrúa, S. A.

México, 1991.

RANGEL COUTO, Hugo.

El derecho económico.

4a. edición.

Editorial Porrúa, S. A.

México, 1986.

VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar.

El control de la constitucionalidad de la ley.

Editorial Porrúa, S. A.

México, 1978.

Textos jurídicos

CONSTITUCION Política de los Estados Unidos Mexicanos.

102a. edición.

Editorial Porrúa, S. A.

México, 1994.

CODIGO CIVIL para el Distrito Federal.

58a. edición.

Editorial Porrúa, S. A.

México, 1990.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS Civiles para el Distrito
Federal.

Editorial Porrúa, S. A.

México, 1994.

MARCO JURIDICO de la inversión extranjera en México.

Publicaciones del Diario Oficial de la Federación.

Secretaría de Gobernación.

México, 1988.

LEY DE Inversión Extranjera.

Editorial Porrúa, S. A.

México, 1994.