

1ej.
180.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS CRÍTICO DEL ARTÍCULO 13
DE LA LEY SOBRE INVERSIONES
EXTRANJERAS**

T E S I S

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

**P R E S E N T A :
CARLOS E. CRUZ RANGEL**

MEXICO, D. F.

Agosto, 86



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está 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.

I N D I C E

INTRODUCCION.....	página	1
-------------------	--------	---

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS SOBRE LOS CRITERIOS DE INVERSION EXTRANJERA EN MEXICO.

a) México Colonial.....	página	6
b) México Independiente.....	página	6
c) El Porfiriato.....	página	9
d) Epoca Postrevolucionaria.....	página	14
e) México Contemporáneo.....	página	20

CAPITULO SEGUNDO

FACULTADES DE LA COMISION NACIONAL DE INVER- SIONES EXTRANJERAS.

a) Facultad.....	página	29
b) Facultades Discrecionales.....	página	31
c) Facultades Regladas.....	página	37
d) Acto Arbitrario.....	página	38
e) Facultades Específicas de la Comisión Nacional de - Inversiones Extranjeras.....	página	39
I Facultades decisorias.....	página	39
II Facultades consultivas.....	página	57
III Facultades reglamentarias.....	página	59
IV Facultades coordinadoras.....	página	61
V Facultades de proyección legislativa y regla- mentaria.....	página	62

CAPITULO TERCERO

ANALISIS CRITICO DEL ARTICULO 13 DE LA LEY PARA PROMOVER LA INVERSION MEXICANA Y REGULAR LA IN- VERSION EXTRANJERA.

a) Fracción I.....	página	64
--------------------	--------	----

b) Fracción II.....	página	65
c) Fracción III.....	página	68
d) Fracción IV.....	página	70
e) Fracción V.....	página	71
f) Fracción VI.....	página	72
g) Fracción VII.....	página	73
h) Fracción VIII.....	página	76
i) Fracción IX.....	página	78
j) Fracción X.....	página	79
k) Fracción XI.....	página	81
l) Fracción XII.....	página	81
m) Fracción XIII.....	página	86
n) Fracción XIV.....	página	87
o) Fracción XV.....	página	89
p) Fracción XVI.....	página	90
q) Fracción XVII.....	página	92
CONCLUSIONES.....	página	94
BIBLIOGRAFIA.....	página	100

I N T R O D U C C I O N

En los así llamados "países del primer mundo", la industrialización y el crecimiento económico fueron internos, ya que sus propios ahorros se convirtieron en inversiones de capital, logrando de esta forma su desarrollo. Los países en vías de desarrollo carecen de la suficiente capitalización, necesaria para su desarrollo por lo que su fuente de crecimiento debe ser complementada con recursos del exterior.

Ante la patética y compleja situación económica que impera en el país, la toma de medidas para enfrentarla y resolverla, debe ser realista e inteligente, dentro de un marco jurídico - atrevido y flexible.

La realidad muestra que México depende del exterior, situación de dependencia que comparte con el resto de Latinoamérica y con los países llamados del "tercer mundo". También pone de manifiesto que no tiene las posibilidades tecnológicas necesarias para hacer crecer la planta productiva y comenzar, por sí mismo, a resolver su problema, lo que lo constriñe a seguir importando el "know how" de los países industrialmente desarrollados.

Con base en esta perspectiva, que se sustenta simplemente en la realidad, México no se puede dar el lujo de escoger entre permitir o no permitir la entrada de recursos del exterior, ya

que su crecimiento económico debe ser complementado por la inversión extranjera, en vista de que si se aísla del mundo externo - no tendrá la capacidad de ser autosuficiente y crecer con su pobre productividad y ahorro interno.

Lo que sí puede escoger el país a su conveniencia, - son aquellos recursos del exterior que se apeguen a sus necesidades, prioridades y condiciones de desarrollo nacional, mediante - las políticas adecuadas implantadas por el gobierno; y una vez es establecidos en el territorio mexicano, ejercer un control mediante la legislación nacional⁽¹⁾, ya que de la misma forma, con base en la realidad, así como no se puede repudiar a la inversión extranjera, tampoco se debe darle entrada libre, creyendo malamente que va a salvar al país de sus problemas económicos. "Bien orientada y legalmente controlada puede contribuir positivamente al desarrollo de México; inversamente puede ser nociva y supeditarnos a la dependencia externa."⁽²⁾

Ahora bien, las inversiones del exterior pueden ser - directas o indirectas, siendo las primeras "las de origen particular, o sea el desplazamiento de capital por personas privadas para emprender negocios en el exterior. El perfil distintivo de esta inversión en relación con la inversión indirecta, es el control que tiene el inversionista sobre la marcha de los negocios. La inver-

- 1.- Aquí es donde se encuentra el binomio económico jurídico de la materia de inversiones extranjeras: el aspecto económico son - las políticas, los lineamientos establecidos para determinar - la conveniencia o no conveniencia del ingreso al país de los - recursos del exterior; el aspecto jurídico es el marco, la regulación normativa que se emite al respecto.
- 2.- Gómez Palacio, Ignacio. Inversión extranjera directa. México, - Porrúa, 1985. pág. 2.

sión indirecta es por su parte, la que se celebra fundamentalmente a través de préstamos entre organismos públicos o entre gobiernos". (3)

En 1965 el Secretario de Hacienda y Crédito Público de aquel entonces, en una plática sustentada en el acto de clausura del primer seminario sobre desarrollo industrial, apuntaba lo siguiente: "Hay dos formas de obtener ayuda: la inversión directa y los créditos (inversión extranjera indirecta). Los créditos son indudablemente el mejor de los métodos, porque una vez que hayamos pagado, la industria es totalmente nuestra". (4)

En los últimos 16 años, el país ha solicitado y adquirido inversión extranjera indirecta (créditos) en forma exorbitante, creando para la nación una deuda externa impagable e insoportable, por lo que en la actualidad se debe voltear la cara hacia la inversión extranjera directa como complementaria del desarrollo económico mexicano.

A los inversionistas foráneos hay que tratarlos con mucho cuidado, ya que no son hermanas de la caridad, sino hombres de negocios, siendo su principal móvil el lucro; y así como pueden traer grandes beneficios para los países receptores del capital, también pueden acarrear perjuicios mayúsculos.

3.- Méndez, Ricardo. El régimen jurídico de las inversiones extranjeras en México. México, UNAM, 1969. págs. 13 y 14.

4.- Méndez, op. cit. Pág. 15.

La inversión extranjera directa puede significar ventas como la mejora en la balanza de pagos, transferir conocimientos tecnológicos, ocupar trabajadores mexicanos y capacitar a la fuerza de trabajo local, permitir la exportación de productos elaborados, hacer surgir industrias locales que suministran a las empresas con capital foráneo, favorecer la elevación del ingreso fiscal global, contribuir al desenvolvimiento de las zonas de menor desarrollo económico, mejorar el nivel de precios y la calidad de los productos y, en general, coadyuvar al desarrollo nacional.

Igualmente puede significar perjuicios como el de - -
- crear monopolios en las ramas industriales y mercados nacionales, -
- desplazar a empresas mexicanas, descapitalizar en diversas formas -
- al país, presionar políticamente al gobierno, distorsionar los valores
- sociales y culturales, e incrementar la dependencia económica y
- tecnológica del exterior.

Con el panorama antes plasmado, en 1973 se expide la -
- Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión ex-
- tranjera, la cual acaba con la anarquía que hasta antes de ella -
- existía en materia de inversiones extranjeras. En dicha ley se in-
- cluyen los criterios de admisibilidad de inversión foránea, que de
- be seguir la también entonces creada Comisión Nacional de Inversio
- nes Extranjeras, al resolver los casos concretos que se le plan- -

tean.

En la presente tesis se analiza primeramente la actuación que han tenido los inversionistas foráneos en las diferentes etapas de la historia mexicana; las posiciones que han logrado y los esfuerzos de los gobiernos nacionales por encauzarlas, a través de diferentes actos, tanto de hecho como jurídicos, hasta llegar en 1973 a la actualmente vigente Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera.

En el segundo y tercer capítulo, entrando de lleno al tema de tesis, se analiza el binomio tan importante, como lo es para la materia de inversiones extranjeras, de facultades discrecionales de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, por un lado, y por el otro, los criterios de admisibilidad para la inversión foránea, tratando de establecer que dicha legislación es adecuada para los propósitos de desarrollo económico y social que la nación se ha trazado.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS SOBRE LOS CRITERIOS DE INVERSION EXTRANJERA EN MEXICO.

a).- México Colonial.

El desarrollo económico de la Nueva España fue regido por el pensamiento mercantilista. México era utilizado por España como una fuente de materias primas, especialmente oro y plata, incrementando la producción del primero de 4,200 kg. en el período - de 1521-1540 a 24,580 kg. en el período de 1781-1800, y de la segunda, en el mismo período, de 68,340 kg. a 1'249,000 kg. (5), y - convertido también en mercado de bienes manufacturados.

En razón de lo anterior, muy pocos productos elaborados fueron producidos en México durante los tres siglos de dominio español.

No se puede afirmar que haya existido una política económica, como tal, sobre inversiones extranjeras en esta época, - ya que todos los actos se guiaban en realidad sólo por el ansia de explotación y la ambición de riqueza de los colonizadores.

b).- México Independiente.

Al terminar la colonia, a causa de las luchas por la -

5.- Dahmen, David. United States investment in Mexico; history and prospects. San Francisco, California. Golden Gate University, 1981. págs. 6 y 7.

independencia, el país quedó devastado; la mano de obra estaba inutilizada por el aniquilamiento de la industria y el saqueo del comercio, se destruyó la poca infraestructura económica existente en la época y gran parte del capital español regresó a la Península Ibérica.

El país se encontraba necesitado de capitales extranjeros que viniesen a invertir y a producir, e Inglaterra, por su alto grado de desarrollo industrial en esa época, fue la potencia más viable para hacerlo.

El grueso de la expansión del aparato productivo mexicano, basado en las inversiones extranjeras, tuvo lugar en cuatro industrias principales que fueron: minería, agricultura, petróleo y comunicaciones (ferrocarriles). Así resurgió la industria, además de que el gobierno obtuvo nuevos ingresos a través de los impuestos; pero ya desde entonces lo recaudado se utilizaba para pagar los préstamos del exterior con que se había hipotecado al país.

A principios de los años veinte en el siglo pasado, la Casa Goldschmit y Barclay documentaron un préstamo al gobierno - de Don Guadalupe Victoria por treinta y dos millones de pesos de los cuales sólo se entregaron en realidad catorce millones. Por desgracia, este tipo de transacciones se volvió una costumbre. (6)

6.- Medina, José. El estado mexicano entre la inversión extranjera directa y los grupos privados de empresarios. México, Premia - Editora de Libros, 1984. pág. 23.

Otro problema era que gran parte del presupuesto gubernamental se dirigió a pagar al ejército, el cual era demasiado numeroso con relación a la población, pero que ningún gobernante se podía dar el lujo de ignorar, a causa de las constantes luchas internas por el poder y las guerras con el exterior.

A mediados del siglo XIX la lucha por el poder entre liberales y conservadores llegaba a su punto álgido, lo que desestabilizó al país social y políticamente. Los conservadores pidieron ayuda a la burguesía europea, la que culminó en 1867 con el fusilamiento de Maximiliano de Habsburgo y el restablecimiento de la República.

El gobierno de Juárez se negó a reconocer las obligaciones de deuda contraídas por los gobiernos conservadores anteriores, con los banqueros europeos, por lo que hubo una ruptura de relaciones entre México y los países del Viejo Continente.

Pero la República tenía la necesidad de hacerse allegar nuevos ingresos, por lo que se pagó un precio demasiado alto; un nuevo colonizador nos dominó, quien no sólo segregó medio territorio nacional años atrás so pretexto de poblarlo, sino que inició la penetración económica que hasta nuestros días no termina: Los Estados Unidos de Norteamérica.

Hay que subrayar que a pesar del nacionalismo fomentado en el siglo XIX por la guerra de independencia, por el despojo de la mitad de nuestro territorio en 1835 con su consecuente guerra de 1847, y por la guerra contra Francia y su representante Maximiliano, México no tuvo la opción de establecer una política de inversiones extranjeras restrictiva, ya que a causa de las constantes luchas internas y externas, nunca se pudo crear una infraestructura propia, por lo que siempre se tuvo que pedir ayuda al país industrializado con quien en ese momento determinado se tuviesen menos problemas.

c).- El Porfiriato.

Al ascender al poder el General Porfirio Díaz en 1876, la economía del país se encontraba en un estado caótico.

La paz y el orden, requisitos esenciales para atraer capital foráneo, fueron impuestos por el dictador por medio de una policía especial que se hacía llamar "los rurales", y se promovió una política de irrestricta inversión y explotación extranjera.

Así, durante el gobierno de Don Porfirio la inversión extranjera ingresó en forma exagerada, sobre todo en las ramas de comunicaciones y minería.

En 1880 México tenía menos de 1.200 km. de vías ferroviarias, por lo que el gobierno del general Díaz dio a inversionistas norteamericanos la concesión para construir dicho medio de comunicación, básico para el desarrollo económico, y en 1884 México poseía ya 5.400 km. de vías de ferrocarril. Para 1910 el total de kilometraje ascendía a 18,000.

INVERSIONES EXTRANJERAS EN FERROCARRILES EN 1911(7)

País	Dólares	%
Estados Unidos	267,341.731	47.3
Inglaterra	200,698.000	35.5
Francia	58,120.000	10.3
Otros	39,113.000	6.9
Total	565,272.731	100.0

Al aumentar las inversiones extranjeras en ferrocarriles y en otras industrias, la opinión pública censuró la dominación económica del exterior, por lo que para acallar el descontento el gobierno de Díaz compró gran parte de la industria ferroviaria, y en el período de 1902 a 1909 el control de la mencionada industria pasó a manos de Ferrocarriles Nacionales de México, empresa nacional. Pero las críticas surgieron en otro contexto, ya que el precio que el gobierno pagó por la industria ferroviaria fue demasiado alto, además de que tenía el defecto de que las vías sólo corrían de

7.- Dahmen, op. cit. pág. 24.

centro a norte, pero nunca de este a oeste, por lo que los puntos de comunicación eran muy malos, poniéndose de manifiesto que las compañías norteamericanas construyeron las vías ferroviarias según su conveniencia.

El desarrollo de los ferrocarriles trajo como consecuencia el incremento de las inversiones extranjeras en la minería porque se redujeron los costos del transporte. De hecho el deseo de los inversionistas norteamericanos de construir los ferrocarriles, surgió en gran parte por el conocimiento que tenían acerca del potencial mineral de nuestro país.

"Muchas de las concesiones que fueron otorgadas para la construcción de vías ferroviarias incluían derechos de explotación minera en gran parte de nuestro territorio, y muchas de las vías de ferrocarril fueron construidas con base en ese presupuesto.(8)

INVERSIONES EXTRANJERAS EN LA MINERIA EN 1911.(9)

País	Dólares	%
Estados Unidos	249,500.000	61.1
Francia	89,776.000	21.9
Inglaterra	58,443.000	14.3
Otros	10,830.000	2.7
Total	408,549.000	100.0

8.- Ibidem. pág. 29.

9.- Ibidem. pág. 29.

No siendo suficientes las políticas establecidas para estimular la inversión extranjera en la industria minera a criterio del gobierno del general Díaz, se derogó el inalienable derecho de propiedad que tiene la nación sobre los recursos del subsuelo, beneficiando de esta manera también a la industria petrolera que se encontraba en manos extranjeras.

Los códigos mineros de 1884 y 1892, así como la ley de 1909 sobre la materia, dieron al propietario de determinada superficie de territorio el derecho exclusivo también sobre el subsuelo y todos los bienes naturales que pudieran generar.

Tantas concesiones otorgadas por Don Porfirio a los extranjeros, crearon un panorama de total dominación externa no sólo en materia económica, lo que ya era bastante malo, sino también política, situación que parecía irreversible.

"La dominación de México hacia 1910 por inversionistas norteamericanos era tan abrumadoramente fuerte, que se creía en general que ciertos intereses norteamericanos podían controlar el destino político y económico del país".(10)

Además, la explotación de los recursos naturales fue irracional y no se trabajó con el debido cuidado para que se deja-

10.- Ramírez de la O, Rogelio. De la improvisación al fracaso. México, Ediciones Océano, 1983. págs. 69 y 70.

ran en condiciones de seguirlos utilizando.

Por desgracia para México, el crecimiento acelerado - que se gestó fue incontrolado y nada importó el costo social y material, ni la orientación y objetivos de la entonces naciente estructura industrial.

La situación era tan escandalosamente desfavorable para México, que incluso el presidente de los Estados Unidos, Woodrow Wilson, reconoce que la ayuda financiera que el país había recibido por parte del extranjero lo había atado de pies y manos, dejándolo sin un gobierno libre y que en todos los casos el pueblo mexicano - era quien había perdido el derecho que tenía de determinar su propio destino y desarrollo.(11)

De lo antes visto, sólo se pudo concluir que durante - el Porfiriato el marco jurídico y político fue perfecto para que - los inversionistas extranjeros lograran sus fines de lucro, no existiendo ningún tipo de control para detenerlos. Y no sólo no fueron controlados, sino que lograron también influir en la política del país, debido a su poder económico, consiguiendo proteger en esta - forma sus intereses y desplazando fácilmente a los inversionistas mexicanos que sucumbieron ante la fuerza de los primeros.

11.- Medina, op. cit. pág. 34.

INVERSION EXTRANJERA POR PAIS EN MEXICO EN 1911⁽¹²⁾
(EN MILLONES DE DOLARES)

INVERSION	E.U.	U.K.	FRA	OTROS	TOTAL
Obligaciones Gubernamentales.	29.6	41.4	164.0	13.9	248.9
Ferrocarriles	267.3	200.7	58.1	39.1	565.2
Servicios públicos	6.7	105.8	5.0	1.3	118.8
Minería	249.5	58.5	89.8	10.9	408.7
Agricultura	40.7	45.5	8.0	3.0	97.2
Manufacturas	10.6	5.5	36.0	13.5	65.6
Petróleo	20.0	28.6	3.4	0.0	52.0
Otros	21.6	9.0	90.0	7.0	127.6
Total	646.0	495.0	454.3	88.7	1684.0

d).- Epoca Postrevolucionaria.

La infraestructura creada por el Porfiriato y el comercio exterior se vieron seriamente deteriorados por la revolución mexicana, y hubo una notoria reducción de las inversiones extranjeras en todas las ramas de la industria.

Luego de la sangrienta lucha armada, e inspirándose en experiencias de la historia nacional, el Congreso Constituyente de 1917 creó una serie de restricciones en materia de inversiones ex-

12.- Dahmen, op. cit. pág. 37.

tranjeras que no pudieron ser aplicadas contundentemente sino hasta 1938, fecha en que culminó la constante batalla por las posiciones claves de la economía, entre el gobierno postrevolucionario mexicano y los inversionistas extranjeros, con la expropiación de la industria del petróleo decretada por el general Lázaro Cárdenas.

Lo más importante fue la redefinición de propiedad hecha en el artículo 27 constitucional, en el que se establece que - la propiedad de las tierras y aguas del territorio nacional corresponde originariamente a la nación, y que sólo ésta tiene el derecho de transmitir su dominio a los particulares. Pero en el caso del petróleo y carburos de hidrógeno sólido, líquidos o gaseosos o de minerales radioactivos, no se otorgarían concesiones ni contratos, - y que por excepción, las compañías ya existentes en ese entonces dedicadas a la explotación de esos recursos, sólo lo seguirían haciendo por consentimiento del estado.

También importante fue la inclusión de la síntesis de la doctrina del jurista argentino Carlos Calvo, elaborada durante la segunda mitad del siglo pasado, conocida como "Cláusula Calvo", por la que los extranjeros que hayan invertido en el país se someten a la jurisdicción de los tribunales mexicanos en caso de que - se susciten controversias que afecten a sus intereses, y se comprometen a no invocar la protección de su gobierno bajo la pena, en caso de hacerlo, de perder dichas inversiones en beneficio de la na-

ción mexicana, consagrándose de esta forma el principio de la igualdad entre nacionales y extranjeros.

Al momento en que un extranjero ingrese al país se deberá someter a las leyes y autoridades locales, las cuales, a pesar de no ser las mismas en todos los países, favorables o no al extranjero, lo obligarán en la misma forma que obliga a los nacionales; por lo tanto, cuando el extranjero desee ejercer sus derechos o acciones de cualquier tipo, deberá dirigirse a las autoridades locales de la misma forma en que lo hacen los nacionales, invocar sus leyes, y en última instancia, respetar las resoluciones que dicten sus autoridades. "De otro modo, los extranjeros serían un estado dentro del estado, - una monstruosidad política".(13)

Esta institución ha servido para defender la soberanía de las naciones económicamente débiles en contra de las grandes potencias, lo cual es plenamente legítimo si se estudia la historia, - que muestra cómo los países subdesarrollados han sufrido un sinnúmero de intervenciones, no sólo de tipo económico o político, sino armado.

Lo anterior no quiere decir que a las grandes potencias se les niegue el derecho de intervenir en favor de sus nacionales en el caso de la violación de cualquier obligación internacional

13.- Creel, Luis. México ante la inversión extranjera. México, Escuela Libre de Derecho, 1966. pág. 40.

como serfa el caso de la denegación de justicia, pero no deben intervenir cuando se celebra un convenio entre el gobierno de un país débil y un particular extranjero, por el cual este último se obliga a no pedir la protección diplomática de su gobierno, cuando en realidad lo hace libremente y sin presión alguna.

Una tercera restricción, de importancia histórica, es la prohibición a los extranjeros de adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas en una franja de 100 km. a lo largo de las fronteras y de 50 km. a lo largo de las costas, lo que se denomina "zona prohibida". Esto se debe a que en el siglo XIX se perdió casi la mitad del territorio nacional a manos de los vecinos del norte, que comenzaron por simplemente colonizar esa parte del país. El objetivo de dicho precepto es la protección y conservación de la soberanía nacional en todo el territorio mexicano, previniendo la anexión de los territorios fronterizos a países vecinos, y previniendo también la ayuda de los súbditos, establecidos en esa faja, del país extranjero que quisiera invadir en un momento dado a través de las costas o fronteras.

Estos principios básicos plasmados en el artículo 27 constitucional fueron el primer golpe de una campaña que, en definitiva, reducirfa significativamente la influencia de los inversionistas extranjeros en el panorama económico y político nacional.

A partir de 1917 las políticas de los diferentes gobiernos sobre la materia de inversiones extranjeras pudieron haber presentado diferentes matices, pero todos guardaron la línea con respecto al artículo 27 constitucional, el cual fue, y sigue siendo, la base de la legislación en la materia.

Como es de suponerse, los inversionistas extranjeros lucharon contra la amenaza que representaba el artículo 27 constitucional contra sus intereses, buscando, con éxito generalmente, la manera de no acatarlo.

En acuerdo del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el día 8 de mayo de 1922, al resolver una revisión planteada por la International Petroleum Company en contra del juez de distrito que le había negado el amparo por violaciones a los artículos 14, 16 y 27 constitucionales, el máximo tribunal sentó la tesis de que el párrafo cuarto del artículo 27 constitucional no podía estimarse retroactivo ni por su letra ni por su espíritu, pues no vulneraba los derechos adquiridos, y que este precepto establecía la nacionalización del petróleo y sus derivados ampliando la enumeración que hacían las anteriores leyes de minería, pero respetando los derechos legítimamente adquiridos antes del primero de mayo de 1917. (14)

Dos años después, en 1924, el presidente Plutarco Elías Calles desconoce los tratados de Bucareli, en los que el gobierno - mexicano, presidido por el general Alvaro Obregón, había reconocido finalmente el perpetuo derecho de los adquirentes extranjeros antes de 1917, y el 26 de diciembre de 1925 promulga la Ley del petróleo, reglamentaria del artículo 27 constitucional, en la que reduce los - derechos sobre el petróleo a sólo 50 años.

Pero una vez más, ante las fuertes presiones de los ex tranjeros, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un amparo - administrativo en revisión, resuelto por el pleno el 17 de noviembre de 1917, declaró anticonstitucional el límite de 50 años impuesto - por la Ley del petróleo a las concesiones petroleras.(15)

Los principios consagrados en el artículo 27 constitu- cional siguieron siendo sólo ideales, pero ya era patente la lucha continúa del gobierno mexicano por tomar las riendas de la produc- ción nacional y del comercio exterior del país.

Y es en 1938 cuando el general Lázaro Cárdenas, con - el respaldo de los diferentes sectores del pueblo y en vista de la rebeldía de las compañías extranjeras de acatar una sentencia de - la Suprema Corte de Justicia de la Nación favorable a los trabaja- dores, decreta la expropiación de la industria petrolera, logrando imponer de esta forma el inalienable e imprescriptible derecho de -

15.- 5a. Epoca, Tomo XXI, págs. 1338 y 1339.

propiedad de la nación sobre el subsuelo del territorio mexicano.

La expropiación petrolera trajo como consecuencia una ola de presiones externas e internas por parte de las compañías afectadas. Se boicotearon las ventas del petróleo nacional al exterior y nuevos inversionistas no vieron a México como un lugar seguro para sus capitales por miedo a otra expropiación. Según Lorenzo Meyer "el valor de la inversión extranjera en libros decreció de 1700 millones de dólares en 1926 a 449 millones en 1949:"(16)

Como última pincelada, en el mismo año de 1938, el gobierno del general Lázaro Cárdenas nacionalizó los Ferrocarriles Nacionales de México, que pasaron a constituir una empresa gubernamental, luego del intento de manejo por parte de los trabajadores.

e).- México Contemporáneo.

Siguiendo el camino trazado por el general Lázaro Cárdenas, las políticas posteriores fueron las de poner en manos de la nación, en forma exclusiva, lo que era considerada industria básica o estratégica, proceso que se gestó en diferentes ordenamientos hasta 1970.

Pero en razón de la segunda guerra mundial, Estados Uni

dos estaba ansioso de comprar todas las materias primas existentes en el país, por lo que contribuyó con capital y tecnología para lograr su objetivo.

El 2 de junio de 1942, en vista del estado de guerra - en que se encontraba México contra Alemania, Italia y Japón, y con fundamento en los artículos 29 y 49 de la carta magna, se publicó - por el presidente Avila Camacho la legislación de emergencia, mediante un decreto que aprueba la suspensión temporal de las garantías - individuales que fuesen obstáculo para hacer frente rápida y fácilmente a la situación.

Con fundamento en lo anterior, el 7 de julio de 1944 se publicó el decreto que establece la necesidad transitoria de obtener un permiso por parte de los extranjeros para adquirir bienes y para constituir o modificar sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión de extranjeros, buscando evitar de esta forma una súbita inversión de capital foráneo en gran escala al país, aprovechando las conveniencias temporales que México podía ofrecer, con la consecuencia lógica de que al terminar dicha bonanza, regresarían al instante a su país de origen, luego de haber logrado un lucro máximo, sin beneficio para los intereses de la nación.

Con este espíritu, el decreto del 7 de julio de 1944 - sienta los lineamientos definitivos para la recepción de inversio-

nes extranjeras, que fueron los siguientes:

- 1).- La solicitud de un permiso a la Secretaría de Relaciones Exteriores para la realización de determinados actos jurídicos por parte de los extranjeros y sociedades mexicanas que tengan o puedan tener socios extranjeros, así como para la constitución de sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión de extranjeros.

- 2).- Se le da el carácter de adjudicación, para los efectos de ese decreto, al contrato de arrendamiento celebrado por más de 10 años, así como a los contratos de fideicomiso en que el fideicomisario sea alguna de las personas citadas en el inciso 1.

- 3).- Se obliga a que los nacionales participen en el capital social de las sociedades cuando menos con el 51%, a estar en la posibilidad de constatarlo en todo tiempo, y que por lo menos la mayoría de los socios administradores sean mexicanos.

El 28 de diciembre de 1945 fue publicado por el presidente Avila Camacho el decreto que levanta la suspensión de garantías individuales decretada el 1º de junio de 1942 y publicado el -

día 2 del mismo mes y año, restableciendo el orden constitucional y, ratificando las disposiciones que el mismo especifica, por lo que - todo lo actuado con posterioridad a dicho restablecimiento del orden constitucional con fundamento en la legislación de emergencia, - resultó anticonstitucional.

El 23 de junio de 1947 se crea la Comisión Mixta Intersecretarial cuyo objetivo era coordinar la aplicación de las disposiciones legales relacionadas con la inversión de capitales nacionales y extranjeros, "y mantener el equilibrio justo y conveniente entre el capital nacional y el extranjero en las inversiones de la república, abriendo de esta forma la puerta al estado, en el control de las inversiones extranjeras y justificar su intervención por motivos económicos"(17)

Así como la actual Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, la Comisión Mixta Intersecretarial quedó integrada por los representantes de diversas secretarías de estado; se reuniría periódicamente sentando las normas legales aplicables a la inversión de capitales extranjeros dentro del territorio nacional y podría consultar a las diferentes dependencias del ejecutivo, así como a instituciones privadas, para el mejor desempeño de sus labores.

De 1947 a 1953, período que estuvo en funciones, la Comisión Mixta Intersecretarial dictó doce resoluciones en distintas

áreas relacionadas con la inversión extranjera, de las cuales las más sobresalientes son las siguientes:

1).- El 3 de noviembre de 1947, se aprueba la norma - seguida por la Secretaría de Relaciones Exteriores de exigir como prueba del control del 51% de capital mexicano, el sistema de acciones nominativas.

2).- En fechas diversas se aumenta la lista de actividades en que se necesita un 51% como mínimo de capital mexicano, y dichas actividades son las que efectúen las empresas de transporte aéreo, ya sea que operen en territorio nacional o fuera de él; las que efectúen empresas relacionadas con la industria y el comercio petrolero; las que efectúen empresas que se constituyan para la producción, - compraventa y distribución de aguas gaseosas o - sin gas, así como esencias concentradas y jarabes que sirvan para la elaboración de las mismas; las que efectúen empresas relacionadas con transportes marítimos y por último las que efectúen empresas de explotación y comercio de la industria hulera.

- 3).- El 26 de enero de 1948 se regulan las transmisiones de propiedad de acciones que representan el capital mexicano mínimo en las sociedades en que se exija éste.

- 4).- El 24 de marzo de 1949 se regula la adquisición de inmuebles por parte de las empresas a las que no se les hubiere exigido mayoría de capital social en poder de los mexicanos.

Con el presidente Miguel Alemán el gobierno inició la era de la industrialización, cambiando la dirección de las inversiones extranjeras directas clásicas que se dirigen a industrias o a actividades extractivas, a inversiones extranjeras directas productivas, que se canalizan hacia industrias manufactureras, de transformación,⁽¹⁸⁾ todo esto dentro de un ambiente de total confianza entre el inversionista extranjero y el gobierno mexicano.

El presidente López Mateos fue quien volvió a tomar acciones dirigidas al control, por parte de los mexicanos, de las industrias básicas para el desarrollo económico.

En 1958 el gobierno dio su apoyo para la constitución de Teléfonos de México, S. A., quien tomó el control de la industria telefónica que antes se encontraba en poder de la I.T.T. de Es

18.- Méndez, op. cit. pág. 13.

tados Unidos y la Erickson de Suecia.

En 1960 las acciones de la American and Foreign Company pasaron a manos del estado, y meses después las acciones de la Mexican Light and Power Company, empresa belga, también lo hicieron, pasando de esta forma la industria eléctrica al control del gobierno mexicano.

En 1973 se publicó la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera, en la cual se recopilaron todas las normas que sobre la materia de inversiones extranjeras directas se encontraban dispersas en diferentes ordenamientos jurídicos.

En ella se especifica cuáles son las actividades reservadas de manera exclusiva al estado, qué actividades se encuentran reservadas exclusivamente a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, en qué actividades se necesita de un porcentaje especial de capital mexicano por otro menor de capital extranjero, y por último, la regla general de capital mínimo de 51% mexicano para todas las actividades restantes, en las sociedades mercantiles.

También se crea en dicha ley la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras que, como su antecesora, la Comisión Mixta

Intersecretarial, tiene como función general la de aplicar la ley de inversiones extranjeras a cada caso concreto de inversión foránea, así como la de expedir criterios rectores sobre la materia.

El objeto de la ley es, como su título lo indica, el de promover la inversión mexicana y el de regular la inversión extranjera. Y esta segunda parte de su objetivo la logra, no aplicando una política restrictiva sino selectiva de las inversiones que coadyuven al crecimiento económico de México buscando sean convenientes para el país.

Siguiendo la política de la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera, los gobiernos posteriores a ésta han elaborado diferentes planes económicos que se han resumido principalmente en el Plan Global de Desarrollo 1980-1982 del gobierno del presidente José López Portillo y el Plan Nacional de Desarrollo 1983-1988 del gobierno del actual presidente Miguel de la Madrid Hurtado, así como los Lineamientos sobre Inversiones Extranjeras, publicados en febrero de 1984, los cuales han reforzado los principios establecidos en la ley que se comenta.

Es de hacerse notar que a pesar de la legislación selectiva que regula el ámbito de la inversión foránea, en el fondo sí se ha fomentado dicha inversión pero, está ingresando al país sólo aquella que le sea conveniente.

La historia mexicana ha mostrado que a pesar de la ten
dencia nacionalista que ha privado en general en las etapas de nues
tra historia, las circunstancias económicas internas aunadas a las
presiones del exterior han matizado en la práctica criterios de am
plitud en la admisibilidad de las inversiones extranjeras. Pero los
inversionistas extranjeros no sólo buscan criterios de amplitud en
la legislación relativa a las inversiones foráneas, sino que buscan
seguridad para sus capitales en el país receptor, por lo que en épo
ca de revueltas sociales e inestabilidad política son ahuyentados -
por la misma a mercados más seguros en diferentes países.

CAPITULO SEGUNDO.

FACULTADES DE LA COMISION NACIONAL DE INVERSIONES EXTRANJERAS.

Es muy importante el estudio de las facultades de que goza la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (de ahora en adelante C.N.I.E.), órgano intersecretarial del Poder Ejecutivo, ya que ellas poseen, en general, un alto grado de discrecionalidad, necesaria para la oportuna aplicación de sus criterios en relación con el artículo 13 de la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera (de ahora en adelante L.I.E.), misma que se analiza en el tercer capítulo de la presente tesis, lo que depende de muy variantes circunstancias político-económicas internas y externas.

a).- Facultad.

El concepto de facultad jurídica es "la capacidad o posibilidad normativamente atribuida a una persona para ejercer por sí, o por medio de representante, una acción jurídicamente organizada." (19)

Según Acosta Romero el órgano de autoridad es "toda - aquél que tiene facultades de decisión y ejecución o alguna de ellas por separado" (20)

- 19.- Enciclopedia Jurídica OMEBA. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1967. Tomo XI, Pág. 786.
- 20.- Acosta, Miguel. Teoría general de derecho administrativo. México, Porrúa, 1983. pág. 382.

Si se toman en cuenta ambas definiciones se obtiene como conclusión que la facultad jurídica desde el punto de vista de la autoridad, es la capacidad o posibilidad normativamente atribuida a un órgano de autoridad para ejercer por sí, o por medio de representante (un delegado, por ejemplo) sus facultades de decisión y/o ejecución.

En el lenguaje cotidiano el vocablo facultad se puede asociar a aquello que es optativo, potestativo, o sea, facultativo, por lo que también la facultad jurídica presupone la posesión de una potestad o capacidad, la investidura o facultamiento para poder modificar una situación legal determinada.

En el ejercicio de su competencia, que es "la capacidad o aptitud legal del estado y sus entes y órganos resultante de una imputación normativa para ejecutar el ordenamiento jurídico con hechos y actos administrativos legítimos"(21) los órganos del gobierno actúan dictando los actos necesarios para la mejor satisfacción de las necesidades colectivas.

El estado de derecho mexicano ha plasmado en la Constitución el principio de la administración reglada, por el cual se sujeta el actuar de la administración pública a la norma legislativa: todo acto administrativo necesita de un fundamento legal, y la competencia de los órganos de gobierno debe estar determinada en la -
21.- Linares, Francisco. Derecho administrativo. Buenos Aires, Astrea, 1975. págs. 31 y 32.

Constitución o en las normas que de ella emanen.

Pero quien pretenda colmar las necesidades de una colectividad no puede humanamente satisfacerlas, punto por punto, cada una de ellas, bajo un sistema legislativo rígido. Ningún cuerpo legislativo, por capaz y precavido que sea, puede anticipar, de manera total, la actividad del estado.

Si se intenta someter a los órganos de gobierno en su actuar a una ley casuística a ultranza, dichos órganos no van a poder cumplir con los objetivos que la misma ley ha pretendido; pero colocándose en el otro extremo, una ley que permita una administración sin límites jurídicos, va a dar lugar a las peores arbitrariedades. De esta manera llegamos a la discrecionalidad, que en sus varios grados, es la solución ecléctica entre los extremos de rigidez deficiente y arbitrariedad lesiva.

b).- Facultades Discrecionales.

Jurídicamente se puede decir que la discrecionalidad - "es un grado mayor o menor de competencia que tienen los órganos administrativos para elegir entre varias soluciones igualmente legales, la que a su criterio sea más oportuna, conveniente y eficaz, para satisfacer concretamente el interés público, que constituye el fin de su acción, competencia que será mayor o menor según sea mayor o me-

nor la determinación de ese interés concreto que el acto debe satisfacer."(22)

Según Acosta Romero, la facultad discrecional "es la - libre apreciación que se le da al órgano de la administración pública, con vistas a la oportunidad, la necesidad, la técnica, la equidad, o razones determinadas, que puede apreciar circunstancialmente en cada caso, todo ello, con los límites consignados por la ley".(23)

Por su parte, el jurista García Trevijano Fos, afirma que la discrecionalidad "es una unidad de medida prefabricada por la propia administración, para actualizar y aplicar los conceptos standards que se encierran en las normas."(24)

De las definiciones antes apuntadas se puede concluir que los elementos de la discrecionalidad o de las facultades discrecionales son las siguientes:

- 1).- Es un grado de mayor o menor competencia para la - libre apreciación, o para elegir entre varias soluciones legales. En este primer punto queda de manifiesto la flexibilidad que otorga la discrecionalidad al permitir a los órganos de gobierno aplicar su criterio al actuar.

22.- OMEBA, op. cit. pág. 812.

23.- Acosta, op. cit. pág. 540.

24.- García Trevijano, Fos. Tratado de derecho administrativo. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1984. Tomo I. pág. 378.

- 2).- Como todos los actos de la administración pública en general, los discrecionales deben tender a la satisfacción del interés público.
- 3).- A pesar de la flexibilidad o libertad que implica un acto discrecional siempre debe de cumplir con los requisitos fundamentales del procedimiento como lo son el ser emitidos por una autoridad competente y debidamente fundado y motivado. Aquí se - incluye además, que para que una autoridad pueda hacer uso de una facultad discrecional determinada, debe estar investida, por ley, precisamente - de tal facultad discrecional.
- 4).- Se entiende que la discrecionalidad es una facultad otorgada únicamente a los órganos de gobierno, nunca a los particulares, ya que los primeros son quienes tienen la facultad de decidir y ejecutar actos jurídicos en cumplimiento del interés público, en un momento dado.
- 5).- La discrecionalidad permite una correcta apreciación de cada caso concreto, rodeado por sus circunstancias particulares, y aprovechar la oportunidad, la conveniencia, la necesidad de la situa-

ción que se presenta en lugar y tiempo determinado.

No se puede afirmar que cuando la autoridad decide o ejecuta una serie de actos en un mismo sentido, en ejercicio de su facultad discrecional, esto obligue a dicha autoridad a resolver los asuntos subsiguientes de la misma forma en que hizo con los primeros, con lo que no se viola el principio de igualdad jurídica.

Esto queda muy claro en el ámbito de las inversiones extranjeras ya que por ejemplo, al aceptar la C.N.I.E. el ingreso de una primera inversión foránea con ciertas características, la situación económica general que impera en el país va a sufrir un cambio, por lo que cuando una segunda inversión extranjera, igual en sus características a la primera en tiempo, desee establecerse en el país, los resultados de los estudios de campo que se realicen para decidir sobre la admisión de esta segunda inversión foránea, van a ser diferentes, por lo que a pesar de ser iguales ambas inversiones, posiblemente sólo la primera pueda ingresar al país.

Por lo tanto no se está de acuerdo con lo que apunta el jurista García Trevijano al definir a la discrecionalidad como "...una unidad de medida prefabricada..."

No se debe percibir a la discrecionalidad como una omisión por parte de los legisladores al crear los ordenamientos jurídicos. Al contrario, por medio de la figura que se estudia se busca evitar una interrupción en la continuidad de la actividad administrativa y lograr una mejor satisfacción de las necesidades públicas.

En el caso de que la ley por cualquier motivo hubiese omitido regular determinados actos de la autoridad, no surge una posibilidad de discrecionalidad en favor de esta última, sino que - - existe una laguna en la ley. El particular en lo no prohibido actúa con libertad, pero la administración siempre tiene que actuar como se lo predetermina la ley, por lo que su libertad máxima es la discrecionalidad.

Es común que en las leyes no aparezca en forma expresa, ni mediante una fórmula predeterminada cualquiera, el otorgamiento de cierta facultad discrecional a determinado órgano de la autoridad, sino que es por la interpretación y deducción de los términos utilizados por la norma, que se sabe de su facultamiento. Es normal que - para el efecto se utilice el verbo "podrá"; pero es menester que de algún indicio en la ley se desprenda, no sólo que la autoridad posee la facultad discrecional, sino los elementos que se han de tomar en cuenta para el ejercicio de dicha facultad. El poder discrecional se va a limitar entonces a los puntos que el legislador haya decidido - dentro del precepto jurídico.

Según el jurista Linares los parámetros que debe tomar en cuenta la autoridad para la aplicación de las facultades discrecionales se pueden presentar en tres formas:(25)

- 1).- Las fórmulas elásticas que mientan valoraciones, estimaciones jurídicas y morales, y ejemplo de - las primeras son lo equitativo, lo justo, lo jurídicamente razonable; ejemplo de las segundas son la moralidad, la obscenidad, la crueldad.
- 2).- Los conceptos que se refieren a ciertos tipos de prototipos de conducta individual como lo son el dolo, la culpa, la diligencia.
- 3).- Las situaciones que se refieren a estados sociales como fines o metas que deben alcanzarse o modificarse por el aparato gobernante, como lo son el estado de emergencia, el desarrollo económico, la adecuada distribución de la riqueza, la independencia económica.

En general, como lo es el caso de la C.N.I.E., la administración actúa, al ejercitar su facultad discrecional, de acuerdo a normas o criterios no jurídicos, constituidos por datos que, en - el fondo, están relacionados con exigencias de la técnica, y que re

25.- Linares, op. cit. págs. 275 y 276.

presentan el mérito, oportunidad o conveniencia del acto respectivo; al ser emitido, los órganos de la administración deben valorar dichos datos, de ahí lo discrecional de su conducta.

c).- Facultades Regladas.

En contraposición a las facultades discrecionales se en encuentran las facultades regladas, las cuales surgen de normas jurídicas cuya relación en los casos concretos no permiten flexibilidad alguna por parte de la autoridad encargada de aplicarlas.

Por lo tanto, la autoridad no puede realizar ninguna va loración como tal, sino que simplemente se debe concretar a constatar los hechos (lo que implica, aunque de manera minúscula, un grado de discrecionalidad), y se presupone que se cumple con la satisfacción del interés público siempre que se realicen las situaciones fá cticas descritas en la norma.

De lo antes apuntado, se puede decir que los actos reglados o vinculados se diferencian de los discrecionales en su mayor o menor grado de apreciación de las circunstancias en la aplicación de la ley, por lo que todos los actos reglados tiene un poco de libertad de apreciación al constatar la autoridad los hechos presentados, y todos los actos discrecionales tienen un grado determinado de sujeción a la norma, debiéndose fundar y motivar su proceder.

presentan el mérito, oportunidad o conveniencia del acto respectivo; al ser emitido, los órganos de la administración deben valorar dichos datos, de ahí lo discrecional de su conducta.

c).- Facultades Regladas.

En contraposición a las facultades discrecionales se encuentran las facultades regladas, las cuales surgen de normas jurídicas cuya relación en los casos concretos no permiten flexibilidad alguna por parte de la autoridad encargada de aplicarlas.

Por lo tanto, la autoridad no puede realizar ninguna valoración como tal, sino que simplemente se debe concretar a constatar los hechos (lo que implica, aunque de manera minúscula, un grado de discrecionalidad), y se presupone que se cumple con la satisfacción del interés público siempre que se realicen las situaciones fácticas descritas en la norma.

De lo antes apuntado, se puede decir que los actos reglados o vinculados se diferencian de los discrecionales en su mayor o menor grado de apreciación de las circunstancias en la aplicación de la ley, por lo que todos los actos reglados tiene un poco de libertad de apreciación al constatar la autoridad los hechos presentados, y todos los actos discrecionales tienen un grado determinado de sujeción a la norma, debiéndose fundar y motivar su proceder.

A pesar de la trascendente diferencia que existe entre actos reglados y actos discrecionales, una vez emitido el acto administrativo con fundamento en cualquiera de ambas facultades, nacen para el administrado derechos subjetivos de idéntica substancia, ya que en ambos casos dicho acto administrativo fue emitido en ejecución de la ley de acuerdo a ella.

d).- Acto Arbitrario.

No se deben confundir el concepto de discrecionalidad con el de arbitrariedad, aunque ambos parezcan implicar cierta libertad por parte de la autoridad administrativa que los realiza.

Mientras que un acto arbitrario carece en todo caso de fundamento legal, el acto dictado o ejecutado en uso de una facultad discrecional podrá satisfacer en todo tiempo los requisitos del artículo 16 constitucional, fundamentando y motivando la causa legal del procedimiento, por escrito, etc.

El acto arbitrario no parte de una norma legal preexistente, además de que no busca la satisfacción del interés público, sino la de la propia autoridad, no como órgano de gobierno, más como particular.

El acto discrecional no sólo debe ser fundado y motivado

do, sino que tiene que ser realizado por la autoridad que legalmente tenga la facultad discrecional requerida, o sea, que debe ser emitido por autoridad competente.

Ya sea discrecional o reglado el actuar del órgano de gobierno, debe ser siempre dentro del marco legal.

e).- Facultades Específicas de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras.

Siguiendo el criterio de Arellano García, las atribuciones, que implican derechos y obligaciones por parte de la C.N.I.E., - se pueden clasificar en facultades decisorias, facultades consultivas, facultades reglamentarias, facultades coordinadoras y facultades de proyección legislativa y reglamentaria.(26)

I.- Facultades decisorias.

El tercer párrafo del artículo 5º de la L.I.E. en conjunción con el último párrafo del mismo artículo, facultan a la C.N.I.E. para resolver sobre el aumento o la disminución del porcentaje general de 49, en que como máximo pueden participar los inversionistas extranjeros en el capital de las empresas, cuando a su juicio sea conveniente para la economía del país, pudiendo fijar también las condiciones conforme a las cuales se recibirán, en los casos específicos, dicha inversión extranjera, a menos que existan leyes o disposiciones reglamentarias para una determinada rama de -

26.- Arellano, Carlos. Derecho internacional privado. México, Porrúa, 1984. pág. 498.

actividad, caso en el cual, la inversión extranjera se ajustará a los porcentajes específicos y a las condiciones que las mencionadas leyes o disposiciones señalen.

De lo anterior se desprende que el inversionista extranjero no necesita un permiso especial por parte de la C.N.I.E. para el caso de que una sociedad mercantil se constituya con 49% de capital extranjero o menos; mas para el caso de que la C.N.I.E. en uso de sus facultades discrecionales considere que, dadas las circunstancias favorables que obtendrá el país, podrá, fijando dichas condiciones benéficas conforme a las cuales se recibirá, permitir al inversionista foráneo participar con más del 49% del capital social, lo cual no quiere decir que dicho porcentaje mayor a 49 será tomado como regla general en la aplicación para posteriores inversiones del exterior.

En los párrafos que se comentan se ponen de manifiesto, por un lado, la amplitud de facultades discrecionales que posee la C.N.I.E., ya que tiene en las manos el poder de decidir sobre el porcentaje de capital foráneo que se permitirá en cada empresa en particular, situación que debe manejarse con mucho cuidado, pericia y sentimiento patriota ya que está de por medio incluso la soberanía nacional; y por el otro, se hace patente cómo a pesar de la facultad tan amplia que tiene la C.N.I.E., ésta debe cumplir con los parámetros que le fija la misma ley, estando obligada a fundar y motivar -

sus decisiones según los criterios dados principalmente en el artículo 13, y en caso de que existan leyes o disposiciones reglamentarias específicas que fijen un porcentaje determinado, no podrá siquiera - modificar dicho porcentaje.

Previa resolución de la C.N.I.E., se requerirá la autorización de la secretaría que corresponda según la rama de actividad económica de que se trate, cuando una o varias de las personas físicas o morales, inversionistas extranjeros, en uno o varios actos o sucesión de actos, adquiera o adquieran más del 25% del capital o más del 49% de los activos fijos de una empresa. Se equipara a la adquisición de activos el arrendamiento de una empresa o de los activos esenciales para la explotación. También deberán someterse a autorización los actos por medio de los cuales la administración de una empresa recaiga en inversionistas extranjeros o por los que la inversión extranjera tenga, por cualquier título, la facultad de determinar el manejo de la empresa. (27)

Este precepto, en forma muy directa, está dirigido a evitar que la inversión extranjera desplace del mercado a la mexicana, dejando de ser complementaria y sí acaparadora de la inversión nacional.

La autorización a que se refiere este artículo de la ley, debe obtenerse independientemente de que el vendedor sea mexi-

27.- Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera. artículo 8.

cano o extranjero, buscando en el primer caso, evitar que sus intereses sean adquiridos por inversionistas del exterior y, cuando se trate de vendedores extranjeros, se busca que dichos intereses sean adquiridos por nacionales, propiciando de esta forma la mexicanización de las empresas.

Para la mejor comprensión del presente artículo, se van a analizar algunos conceptos trascendentes para la integración del mismo, como lo es el de empresa, que según Barrera Graf "es el conjunto de bienes y derechos, y de las deudas y obligaciones, que constituyen el patrimonio de la negociación, incluyendo pues, la em presa considerada como una universalidad de hecho, así como la trans misión de todos sus activos y pasivos. Se incluye también, para efectos del artículo 8 de la ley, al local o establecimiento que forme parte de un conjunto más amplio, y que funcione con mayor o menor autonomía, quizás con un patrimonio afectado, pero sin personalidad jurídica propia"(28)

Hay que hacer notar que cuando el artículo 8 menciona "adquisiciones y activos fijos", se refiere a las empresas, pero - cuando dice "adquisiciones de capital" en realidad se refiere a sociedades mercantiles.

Por su parte, activos fijos son aquellos inmovilizados y diferidos, que incluyen participaciones de otras sociedades y los

28.- Barrera, Jorge. La regulación jurídica de las inversiones extranjeras en México. México, UNAM, 1981. págs. 87 y 88.

derechos de cualquier naturaleza que no sean clasificables como activos circulantes, y que se destinen a mantener la actividad de la - compañía o de la empresa; y el concepto se aclara, contraponiéndolo con el de activos circulantes que son los destinados al intercambio, representados por bienes fungibles que utilice la empresa para sus actividades ordinarias.(29)

Cuando se realizan operaciones con los bienes del activo circulante no se aplica el artículo 8 de la L.I.E., a menos que como consecuencia de esta enajenación se esté en posibilidad de determinar el control de la empresa.

El artículo 8 también se refiere a la enajenación de - activos esenciales que son aquellos sin los cuales la sociedad o empresa no puede subsistir, como lo es una concesión o autorización - administrativa, un contrato de prestación de servicios o el otorgamiento de una exclusiva para la elaboración de determinado producto.(30)

El concepto de capital al que hace mención el artículo en estudio está íntimamente relacionado con el derecho mercantil, - particularmente a la sociedad anónima, por lo que se tiene que definir desde el punto de vista contable como el límite de la garantía ofrecida a los acreedores, que señala el mínimo del patrimonio que debe existir, no el realmente existente en una empresa.

29.- Ibidem. pág. 91.

30.- Ibidem. pág. 92.

Los artículos 9 y 10 de la ley facultan a la C.N.I.E. a otorgar un derecho de preferencia a los inversionistas mexicanos para realizar las adquisiciones a que se refiere el artículo 8 de la misma ley, preceptos que en forma tangible promueven dicha inversión mexicana; pero ellos no van a poder ser efectivamente aplicados hasta que se regule en forma más precisa el procedimiento a seguir para ejecutar dicho privilegio.

En efecto, como lo indica Gómez Palacio, "futuros reglamentos de la L.I.E. deben de detallar el proceso a seguirse respecto al ejercicio de dicho derecho de preferencia, tales como el - de publicidad y notificación a inversionistas mexicanos; las garantías a otorgarse por las partes interesadas en la adquisición; la - manera de evitar y las sanciones a imponer a adquirentes fraudulentos; la información a la que tenga derecho la persona interesada en adquirir, las obligaciones e información del vendedor; la forma en que se hará saber a las partes interesadas las ofertas concretas - efectuadas a efecto de que se puedan considerar y reconsiderar dichas ofertas". (31)

La fracción I del artículo 12 de la L.I.E. a la letra faculta a la C.N.I.E. para "resolver, en los términos del artículo 5 de esta ley, sobre el aumento o disminución del porcentaje en que podrá participar la inversión extranjera en las diversas áreas geo-

gráficas o de actividad económica del país cuando no existan disposiciones legales o reglamentarias que exijan un porcentaje determinado y fijar las condiciones conforme a las cuales se recibirá dicha inversión.(32)

Conforme a esta fracción la C.N.I.E. está facultada para, primero, resolver sobre el aumento o disminución del porcentaje en que podrá participar la inversión extranjera, y segundo, fijar las condiciones conforme a las cuales se recibirá dicha inversión pero, la característica principal de la fracción que se comenta es que debe, la C.N.I.E., ejercer esta facultad regulando para beneficio de las diversas áreas geográficas o de actividad económica del país.

Al respecto, la C.N.I.E. emitió una resolución general, la número 2, por la que con base en los artículos 18 y 22 de la L.I.E. se autoriza a los inversionistas extranjeros a participar con el 100% del capital social de las empresas, y por lo tanto controlarlas, por medio de la figura del fideicomiso, contando para ello con las siguientes ventajas:

"1.- El inversionista extranjero puede, en calidad de fideicomisario, obtener los beneficios del fideicomiso consistentes en los frutos y productos que el mismo

32.- Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera. artículo 12, fracción I.

genere.

2.- La figura del fideicomiso se puede aplicar a una diversidad de actividades tales como la constitución de centros turísticos, parques industriales y maquiladoras, entre otras.

3.- La fiduciaria, en virtud del propio fideicomiso, puede dar en arrendamiento el inmueble por un plazo hasta de diez años y,

4.- Si bien el fideicomiso resulta irrevocable, el propietario original puede tener garantizado el pago del precio del inmueble, con el mismo inmueble afectado fiduciariamente si ese pago es diferido".(33)

Claro que para que se otorgue el permiso correspondiente, la C.N.I.E. debe analizar cada asunto en concreto para ver si cumple con los lineamientos establecidos en el artículo 13 de la L.I.E., y en el caso particular, analizar a fondo si contribuye al -

33.- García Moreno, Víctor Carlos. El régimen jurídico de la maquiladora en México. Ponencia. Seminario de Derecho Internacional Privado, Cd. Juárez, Chih., Universidad Autónoma de Cd. Juárez, 1985. pág. 11.

desarrollo de las zonas o regiones de menor desarrollo económico relativo.

En la fracción II del artículo 12 de la L.I.E. se faculta a la C.N.I.E. para "resolver sobre los porcentajes y condiciones conforme a los cuales se recibirá la inversión extranjera en aquellos casos concretos que, por las circunstancias particulares que en ellos concurren, ameriten un tratamiento especial!"(34)

Al igual que la primera fracción, esta segunda faculta a la C.N.I.E. para resolver sobre el aumento o disminución del porcentaje en que podrá participar la inversión extranjera, y para fijar las condiciones conforme a las cuales se recibirá dicha inversión, pero ahora el punto clave estriba en que la comisión va a tratar con un inversionista extranjero en particular, el cual presenta circunstancias particulares, excepcionales de inversión, y por lo mismo, requiere de un tratamiento singular. Se puede decir que la C.N.I.E. va a negociar con el inversionista extranjero los beneficios y concesiones que cada una de las partes, México y los inversionistas foráneos, van a obtener, así como las obligaciones respectivas.

En ambas fracciones la C.N.I.E. tiene una muy amplia facultad discrecional al estar autorizada para determinar los requi

34.- Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera, artículo 12. fracción II.

sitos conforme a los cuales se recibirá en los casos concretos la inversión extranjera. "En la práctica, la comisión ha venido estableciendo como condicionantes fundamentales, la obligación de mexicanización dentro de cierto plazo, el pago reducido o gratuito de regalías a la casa matriz por concepto de aporte tecnológico y licencia de marcas y patentes y la sujeción de celebrar tratándose de industrias, lo que se ha denominado un "compromiso de inversión extranjera", que consiste en convenir aspectos varios, principales de la inversión".(35)

En aquellas actividades en que existan disposiciones legales o reglamentarias que exijan un porcentaje determinado de participación por parte de los inversionistas extranjeros, la C.N.I.E. no podrá resolver sobre el aumento o disminución de dicho porcentaje específico; y el parámetro para fijar las condiciones conforme a las cuales se recibirá, lo es principalmente el artículo 13 de la L.I.E.

La fracción III del artículo 12 de la ley contempla tres casos diferentes de facultades discrecionales otorgadas a la C.N.I.E., y son los siguientes: primero, resolver sobre la inversión extranjera que se pretenda efectuar en empresas establecidas; segundo, decidir si ella se admite en relación a sociedades por constituir; tercero, resolver si respecto a los negocios ya establecidos, concede que se abran nuevos establecimientos.(36)

35.- Gómez Palacio, op. cit. pág. 112.

36.- Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera. artículo 12, fracción. III.

En el primer caso, existe el problema de que si los inversionistas extranjeros adquieren determinado porcentaje de una empresa ya establecida, existe un desplazamiento de la inversión mexicana, violando así las fracciones I y II del artículo 13 de la L.I.E., que determina que la inversión foránea debe ser complementaria de la nacional y que no debe desplazar a empresas mexicanas que estén operando satisfactoriamente, ni dirigirse a campos adecuadamente cubiertos por ellas, por lo que debe haber una tendencia a que los intereses mexicanos sean adquiridos en todo caso por otros mexicanos, y si son extranjeros los vendedores, procurar también que sean adquiridos por nacionales.

Otra faceta de este primer caso es el aumento de capital en una empresa, para el cual la resolución general número 5 da la solución autorizando todo aumento en el capital social de las empresas, siempre que, como mínimo, en el capital social resultante del aumento se mantenga la proporción entre el capital mexicano y el capital extranjero que existía antes de ser acordado el incremento de capital social por la empresa emisora. Lógicamente se permite, y aún más, es recomendable que la parte mexicana adquiera en mayor proporción parte de ese aumento de capital.

Por otro lado, antes del 5 de diciembre de 1985, fecha en que fue modificada la Resolución General número 5 por la C.N.I.E., el segundo apartado de dicha resolución general facultaba al Secre-

tarfo Ejecutivo de la C.N.I.E. para que emitiera resoluciones con respecto a los siguientes actos jurídicos:

- 1.- La suscripción de la totalidad del aumento de capital social por inversionistas extranjeros.
- 2.- La transmisión de acciones o partes sociales o activos fijos entre inversionistas extranjeros.
- 3.- La adquisición por inversionistas extranjeros de acciones o partes sociales emitidas o representativas de sociedades mexicanas con capital minoritario extranjero, propiedad de inversionistas nacionales.
- 4.- La adquisición por inversionistas extranjeros de acciones o partes sociales propiedad de inversionistas mexicanos, emitidas o representativas de sociedades mexicanas con capital extranjero mayoritario de 75% cuando menos.

Pero a partir de la fecha mencionada, como resultado de las fuertes presiones del exterior, la reformada Resolución General número 5, en su segundo apartado, autoriza a los inversionistas extranjeros para que sin resolución previa de la C.N.I.E. puedan adquirir acciones o partes sociales por parte de otros inversionistas extranjeros cuando como mínimo el 51% de capital social anterior a dicha adquisición sea propiedad de inversionistas foráneos, así como para transmitir acciones o partes sociales o activos fijos entre los mismos inversionistas extranjeros, quitando de esta forma parte del control que el gobierno mexicano podía ejercer sobre los inversionistas extranjeros y sus actividades en la economía nacional.

En el segundo caso de la tercera fracción del artículo 12 de la L.I.E. que se refiere a la facultad de la C.N.I.E. para resolver sobre la inversión extranjera que se pretenda efectuar en empresas por establecerse en México, se intuye y es lógico que las autorizaciones de la C.N.I.E. no son necesarias cuando el porcentaje de la inversión extranjera sea menor al 49% que establece el artículo 5 de la L.I.E., ya que si fueran prescindibles, no tendría razón de ser el mencionado artículo 5 en virtud de que siempre sería requisito indispensable la multicitada autorización para toda inversión extranjera que quisiera ingresar en México.

En relación a la última parte de la fracción III del artículo 12, la autorización para la apertura de nuevos estableci-

mientos se concede lógicamente a empresas ya establecidas.

El primer problema que se presenta es la falta de una norma coactiva por medio de la cual se obliga a los interesados a solicitar dicha autorización por parte de la C.N.I.E. (como sucede también con las autorizaciones previstas en la fracción IV del mismo artículo 12).

El concepto de "nuevos establecimientos" fue integrado a la iniciativa presidencial de la L.I.E. por el senado, en virtud de que existe una gran diferencia entre la noción de empresa y la de establecimiento, tal como lo señala el artículo 16 de la Ley Federal del Trabajo, en el que se basaron los legisladores, y que define a la empresa como "la unidad económica de producción y distribución de bienes y servicios", y al establecimiento como "la unidad técnica - que como sucursal, agencia u otra forma semejante sea parte integrante y contribuya a la realización de los fines de la empresa:"(37)

Al respecto, la Resolución General número 9 define al nuevo establecimiento como "toda unidad técnica o todo local físicamente independiente, distinto o diferente a los existentes, en el que una empresa pretenda realizar cualquier actividad industrial, comercial o de prestación de servicios"; y para el efecto de esta definición conceptualiza como unidad técnica o local "cada fábrica, plan

37.- Gómez Palacio, op. cit. pág. 162.

ta, taller, comercio, tienda, despacho, oficina administrativa, almacén, bodega, área de carga y descarga o similares, sea que se llame sucursal, agencia u otro equivalente, independientemente de que el local relativo sea propiedad del inversionista u objeto de un contrato de arrendamiento, de un convenio de adquisición del derecho de uso u otro equivalente".(38)

Por lo tanto, para crear un nuevo establecimiento se considera necesario construir éste en lugar distinto al de la empresa, no importando que sea en la acera de enfrente; aunque la misma Resolución General número 9 permite a los inversionistas extranjeros, sin resolución previa de la C.N.I.E., abrir establecimientos como oficinas administrativas en las que el personal de esa oficina realiza exclusivamente dichas labores para la empresa; establecimientos para la capacitación del personal de la empresa; instalaciones con fines recreativos; estacionamientos para el personal y oficinas de promoción o venta de boletos de líneas aéreas extranjeras. Dicha lista fue aumentada por la C.N.I.E. en la nueva Resolución General número 9 publicada en el Diario Oficial de 5 de diciembre de 1985, incluyendo a los establecimientos para prestación de servicios de garantías y mantenimiento de los productos que fabrique la empresa de que se trate; las bodegas de productos terminados, semiterminados y de materias primas que sean propiedad de la empresa que abre el establecimiento; locales que se destinen a la exhibición y publicidad de los productos que fabrique la empresa; oficinas de representación

38.- Resolución General número 9, 1ª y 2ª párrafos.

sin ingresos, oficinas temporales que se dediquen únicamente a realizar negociaciones, acuerdos y proyectos con entidades del sector público o privado, o bien garantizar un servicio previamente pactado; y oficinas de representación que realicen labores de investigación o estudios económicos para futuras operaciones de inversión en el país, siempre que contraten a profesionistas nacionales dedicados a servicios de asesoría.

Según la fracción IV del artículo 12 de la L.I.E. se facultó a la C.N.I.E. para resolver sobre la participación de las inversiones extranjeras establecidas en México en nuevas áreas de actividad económica o en nuevas líneas de productos.

Al incluir esta fracción IV en el artículo facultativo de la C.N.I.E., no se buscó regular la parte tecnológica de un producto determinado como lo podrían ser las novedades en él diseñadas, o las materias primas empleadas, o el proceso productivo utilizado para su elaboración, o por otra parte, los métodos utilizados para la prestación de un servicio, sino regular la participación y competencia que la inversión extranjera presentará en un nuevo mercado frente a otros inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, que ya se desenvolvían previamente en dicho mercado.

Este es un punto muy importante en el que la C.N.I.E. debe actuar como contrapeso, otorgando sus autorizaciones de nuevas

inversiones, dependiendo de la conveniencia para la economía nacional, coordinando y dirigiendo a la inversión extranjera a aquellas áreas en que redituará un beneficio en el desarrollo económico del país.

Los inversionistas mexicanos no tienen el poder, ni económico ni tecnológico para competir de igual a igual contra los inversionistas extranjeros, por lo que el gobierno mexicano debe nivelar dicha competencia en beneficio de los nacionales.

Basándose en la Resolución General número 13, Ignacio Gómez Palacio distingue entre "nuevos campos de actividad económica" y "nuevas líneas de productos" advirtiendo que "la inversión extranjera se dirige a la realización de actos industriales, comerciales o de prestación de servicios. El primero, es decir, el acto industrial se refiere a la inversión en "líneas de productos"; en tanto que los actos comerciales y de prestación de servicios se refieren a su participación en "campos de actividad económica" (39)

Con fundamento en el cuarto apartado de la misma Resolución General número 13 se puede aseverar que para considerar que existe un nuevo campo de actividad económica se necesita cumplir con las siguientes condiciones:

39.- Gómez Palacio, op. cit. pág. 168.

- 1.- Que sean actividades diferentes a las - que una empresa o unidad económica esta blecidas, hayan efectivamente realizado en forma continua, a escala comercial, contando con los permisos y autorizacio nes gubernamentales necesarias.
- 2.- Que satisfagan necesidades de un mercado o de un sector consumidor distinto y,
- 3.- En caso de que ninguna de las dos condi ciones anteriores exista, cuando se en cuentre en una clase distinta de las - - enunciadas en el catálogo a que se refie re el mismo apartado 4, de aquellas en - que la inversión extranjera está operan do.

El quinto apartado de la Resolución General número 13 de fine lo que se entiende por nueva línea de productos, y toma en cuenta las mismas condiciones que se requieren para el caso de nuevos cam pos de actividad económica, sólo que el catálogo para este segundo - caso es distinto del primero.

Para los efectos de nuevos campos de actividad económica como de nuevos productos y servicios se establecen varias reglas comunes, de las cuales las más importantes son las siguientes:

Para que la C.N.I.E. resuelva que está frente a un consumidor distinto, puede tomar en cuenta la identidad del nuevo consumidor; el precio de los nuevos bienes o servicios; o el hecho de que tanto para el público como para la industria los bienes y servicios satisfagan a un mercado o sector consumidor distintos al de los bienes o servicios que la empresa ya producía o realizaba con anterioridad.(40)

"Las actividades que realice y los productos que fabrique un inversionista extranjero para terceras personas, así como aquellos que ordene realizar o fabricar a terceros, pero en los que la inversión se efectúe por su propia cuenta y riesgo, se considerarán como realizados o fabricados por él mismo.(41)

II.- Facultades consultivas.

La fracción V del artículo 12 de la L.I.E. obliga a la C.N.I.E. a ser órgano de consulta en materia de inversiones extranjeras para las dependencias del ejecutivo federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal, instituciones fiduciarias de los fideicomisos constituidos por el gobierno federal o por

40.- Resolución General número 13, apartado 6, inciso a).

41.- Resolución General número 13, apartado 6, inciso c).

los gobiernos de las entidades federativas y para la Comisión Nacional de Valores.(42)

A pesar de estar incluida esta fracción dentro del artículo que otorga facultades a la C.N.I.E., en realidad es un constringimiento a cargo de ésta, ya que se le impone contestar las consultas realizadas por los órganos gubernamentales listados en dicha fracción V.

Pero no sólo las autoridades mencionadas son aquellas - que pueden solicitar una consulta a la C.N.I.E.; también lo pueden - hacer las autoridades gubernamentales no mencionadas en la fracción V del artículo 12; los administradores, directores y gerentes generales, comisarios y miembros de los órganos de las empresas, así como - los notarios y corredores, que en vista de sus obligaciones están - expuestos a muy severas sanciones en caso de incumplir lo que establece la L.I.E., según el artículo 29 y 30 de este ordenamiento jurídico; y los inversionistas extranjeros, quienes queriendo colocarse en - México, tengan alguna duda sobre la regulación de las inversiones - foráneas en el país.

Por el hecho de contestar una consulta en determinado - sentido, la C.N.I.E. no se obliga a decidir de la misma forma cuando se le solicita una autorización, aunque se supone que tanto la res-

42.- Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera. artículo 12, fracción V.

puesta a la consulta como la resolución de la solicitud de autorización deben ser normados en el fondo por el mismo criterio, lo que orienta a los solicitantes de cuáles son los requisitos que deben cumplir si desean invertir en México.

III.- Facultades reglamentarias.

La fracción VI del artículo 12 de la L.I.E. otorga la facultad a la C.N.I.E. de establecer los criterios, así como los requisitos necesarios para la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias que sobre inversiones extranjeras existen.

En primera instancia, se debe calificar dicha atribución como anticonstitucional, ya que formalmente podrá concluir en actos administrativos, pero materialmente son legislativos, lo cual es contradictorio a lo estipulado en el artículo 89 constitucional - fracción I, que otorga la facultad reglamentaria exclusivamente al jefe del ejecutivo federal, sin existir la posibilidad de delegar dicha facultad.

Al respecto, Vázquez Pando tilda a la C.N.I.E. como un "órgano paralegislativo", ya que sin formar parte del Congreso de la Unión, más sí integrado por funcionarios de la administración pública, recibe del Poder Legislativo, por medio de la L.I.E., facultades discrecionales para emitir ordenamientos con carácter general,(43)

43.- Vázquez, Fernando. La evolución general del derecho mexicano. - En Jurídica, Anuario del departamento de derecho de la Universidad Ibero Americana, No. 10, México, 1978. pág. 118.

de los cuales ya han sido emitidos 16, hoy reagrupados en 13, llamados "resoluciones generales", y que establecen los criterios y requisitos de que habla la ley, vinculando a los particulares.

Por otro lado, en favor de las virtudes que posee la facultad que se analiza, Heftye afirma que son precisamente los particulares quienes resultan beneficiados con la expedición de las resoluciones generales, ya que se pueden adecuar a las hipótesis previstas en las resoluciones las exigencias de cada caso concreto, normando así el criterio de los afectados y el de las autoridades, creando una atmósfera de mayor seguridad jurídica.

Además, la autoridad administrativa se sirve de las resoluciones generales ya que "significa una simplificación enorme para el desahogo de numerosas solicitudes que se someten a su consideración, las cuales, al adecuarse a las resoluciones podrán ser resueltas por el Secretario Ejecutivo de la C.N.I.E."(44)

Lo anterior no quiere decir que las resoluciones generales suplan en su actuar a la C.N.I.E., quien sigue teniendo el control y supervisión de las inversiones extranjeras directas, sino que simplemente coadyuvan evitando que dicha comisión analice casos concretos que no sean tan relevantes, logrando de esta forma una ganancia en el tiempo de emisión de las decisiones más trascendentes.

44.- Heftye, Fernando. La inversión extranjera y la zona fronteriza. Ponencia. Seminario de Derecho Internacional Privado, Cd. Juárez, Chih. Universidad Autónoma de Cd. Juárez, 1985. pág. 169.

Ahora bien, sí es manifiesta la violación del artículo 89 constitucional fracción I, pero también lo son las bondades que brinda la facultad paralegislativa que se comenta, ¿porqué no hacer las cosas bien y la C.N.I.E., con fundamento en la fracción VIII del artículo 12 de la L.I.E. somete a consideración del Ejecutivo Federal sus resoluciones generales en calidad de proyecto legislativo o reglamentario, para que mediante el procedimiento debido se trasformen dichas resoluciones en leyes o decretos cumpliendo de esta forma con el orden constitucional y gozando al mismo tiempo de los beneficios que brindan las multicitadas resoluciones generales?

IV.- Facultades coordinadoras.

La fracción VII del artículo 12 faculta a la C.N.I.E. a "coordinar la acción de las dependencias del Ejecutivo Federal, organismos descentralizados y empresas de participación estatal para el cumplimiento de sus atribuciones en materia de inversiones extranjeras"(45)

Esta coordinación busca lograr un criterio uniforme dentro de los órganos del gobierno en materia de inversiones extranjeras, evitando de esta forma disparidad en su proceder.

El problema técnico-legislativo es que en la ley no hay ningún precepto que coaccione a dichas dependencias gubernamentales

45.- Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera. artículo 12, fracción VII.

a someterse a los criterios emitidos por la C.N.I.E., aunque en virtud de que esta última está integrada por secretarios de estado, los demás organismos del gobierno inferiores jerárquicamente deberfan su jetarse a los criterios emitidos por la C.N.I.E.

V.- Facultades de proyección legislativa y reglamentaria.

Según la VIII fracción del artículo 12 de la L.I.E., la C.N.I.E está facultada para "someter a la consideración del Ejecutivo Federal proyectos legislativos y reglamentarios así como medidas administrativas en materia de inversiones extranjeras" (46)

Esta es una facultad otorgada a la C.N.I.E. de suma - - trascendencia, ya que por medio de ella las resoluciones generales, - que como ya se analizó sufren vicios de anticonstitucionalidad, podrían sanar su defecto siendo enviadas como proyecto legislativo, y luego de seguir el procedimiento constitucional ante el Congreso de la Unión tendrían el carácter no sólo de resoluciones generales sino de leyes, aunque es de esta última forma como en la realidad funcionan.

Por lo tanto, "las medidas administrativas en materia - de inversiones extranjeras que se sometan a la consideración del Ejecutivo y que tengan trascendencia de observancia general para los - particulares, deben ser sometidos como proyectos legislativos o reglamentarios en su caso".

CAPITULO TERCERO

ANALISIS CRITICO DEL ARTICULO 13 DE LA LEY PARA PROMOVER LA INVERSION MEXICANA Y REGULAR LA INVERSION EXTRANJERA.

En la actualidad la inversión extranjera debe ser considerada como un factor de cooperación económica internacional, com pensado por el legftimo derecho de los empresarios a obtener utilidades justas, y así los países en vfa de desarrollo receptores de - la inversión extranjera deben planear, regular y ejecutar políticas sobre la materia, acordes con su grado de madurez económica y encau zadas en los objetivo axiológicos que la nación se haya trazado.

Dentro de la legislación nacional, en la L.I.E., cuyo objetivo principal es regular y controlar a los inversionistas extranjeros en México además de consolidar y expandir la planta productiva nacional, se encuentra el artículo 13 que plasma los criterios a seguir por la C.N.I.E. cuando resuelva sobre el manejo que - dará al capital extranjero, determinando la conveniencia o no de au torizarlo y fijando los porcentajes y condiciones conforme a los - cuales se recibirá, en su caso.

Por otra parte, el artículo 13 crea una atmósfera de - seguridad jurídica, ya que los inversionistas extranjeros se pueden formar un criterio de cuáles son los requisitos a cumplir para poder ingresar al país como tales, y dependiendo de cómo se adecúen a los

lineamientos establecidos en el mencionado artículo 13, van a ser - mayores o menores, pero con un fundamento jurídico más sólido, las expectativas de una resolución positiva.

"Es encomiable que la L.I.E. haya seguido el sistema de incluir en forma pormenorizada, los criterios a guardar para determinar la conveniencia de autorizar la inversión extranjera, evitando con ello un sistema abierto y falto de precisión, que algunos - países siguen, al sólo señalar que se aceptará la inversión extranjera que resulte beneficiosa para la economía nacional!"(47)

Artículo 13.- Para determinar la conveniencia de autorizar la inversión extranjera y fijar los porcentajes y condiciones conforme a los cuales se registrá, la comisión tomará en cuenta los - siguientes criterios y características de la inversión:

a).- Fracción I.- Ser complementaria de la nacional.

En la actualidad ningún país, por poderoso que sea, - puede jactarse de ser autosuficiente en materia económica, y menos un país como México, perteneciente al conglomerado de los así llamados "países en vías de desarrollo", por lo que en esta primera fracción se reconoce la escasez de los recursos internos para lograr el despegue económico que la nación requiere y por lo tanto la necesidad de ser complementados con recursos del exterior, en el caso que

47.- Gómez Palacio. op. cit. pág. 187.

nos ocupa, inversión extranjera directa.

A lo que se refiere el texto al decir que la inversión extranjera debe ser complementaria de la nacional es que las inversiones nacionales y las inversiones extranjeras no concurren y compiten en las mismas áreas y mercados, sino que los recursos externos se apliquen al máximo de eficiencia, utilizándolos en áreas don de los inversionistas mexicanos no se hayan desarrollado o que no lo hayan hecho en un 100% de eficiencia.

Fracción II.- No desplazar a empresas nacionales que - estén operando satisfactoriamente ni dirigirse a campos adecuadamente cubiertos por ellas.

Los inversionistas extranjeros a veces prefieren comprar empresas mexicanas ya establecidas, en virtud de que mediante la aplicación de capital fresco, de tecnología avanzada, así como - la inclusión de administradores y técnicos de experiencia, los elementos preexistentes de dicha empresa nacional, como lo son una infraestructura básica, la instalación y desarrollo en un mercado relativamente dominado, un nombre comercial conocido, marcas ya acreditadas y una cartera de clientes formada, pueden ser desarrollados en forma mayúscula por sus nuevos dueños. Lo anterior no ofrece ni g u n beneficio para los intereses del país y sí un perjuicio, ya que se gesta un dislocamiento en el control de los sectores económicos.

En 1971, Flavia Derossi comentó: "En la actualidad, los norteamericanos adquieren un promedio de seis empresas mexicanas a la semana. Una vez que el capital estadounidense logra el control de una compañía nacional, esta compañía pierde su personalidad mexicana. Toman posesión los administradores americanos: se contrata a abogados y contadores americanos; las fuentes de aprovisionamiento se adquieren en su totalidad de otras firmas estadounidenses; y la asistencia técnica se obtiene bajo contrato. (El empresario nacional) ni siquiera tiene que vender su compañía!"(48)

Como se observa, el inversionista extranjero difícilmente se siente o sentirá aliado del país receptor para buscar juntos el beneficio nacional, provocando además, mediante el desplazo de los inversionistas mexicanos, la inactividad o la sujeción de estos últimos, e indirectamente tendrá efectos como la reducción de empleos.

Una vez que los inversionistas nacionales tengan cubierto, de manera satisfactoria y adecuada, un sector de la economía, se les debe proteger, ya que si se permite la entrada de inversionistas extranjeros al mismo campo económico, éstos pueden, normalmente, desplazar a los primeros, dada su mayor capacidad de capital, tecnología y administración.

48.- Sepúlveda, Bernardo. Las empresas transnacionales en México. México, Colegio de México, 1974. pág. 57.

Pero hay que precisar que, para que se le niegue al inversionista extranjero desarrollarse en determinada área económica y con ello evitar el desplazamiento de empresas mexicanas, éstas últimas deben llenar las siguientes características:

- 1.- Deben de estar operando.
- 2.- Su operación debe ser satisfactoria.
- 3.- Deben cubrir adecuadamente el campo en que se desarollen.

A lo que la fracción en estudio se refiere al decir que las empresas nacionales estén operando es que al momento de estarse analizando el proyecto de inversión extranjera, estén llevando a cabo actividades productivas, o sea, que no se incluye en esta hipótesis a empresas que hayan operado en el pasado y hayan suspendido su actividad ni tampoco aquellas empresas que planeen hacerlo en el futuro". (49)

Es de hacerse notar las amplísimas facultades discrecionales de que está investida la C.N.I.E., ya que ella debe determinar si las empresas nacionales están cubriendo adecuadamente un determinado campo económico; si operan satisfactoriamente, "bien sea en términos de mercado, de precios y de calidad o desde la perspectiva de los consumidores". (50)

49.- Heftye, Fernando, op. cit. pág. 171

50.- Heftye, Fernando. Criterios de admisibilidad de la inversión extranjera directa en México. México, inédito. 1985. pág. 4.

Lo que se busca con esta segunda fracción del artículo 13 de la L.I.E., es proteger a los inversionistas mexicanos que trabajen en forma satisfactoria y adecuada, no a aquellos que no lo hagan o que simplemente tengan proyectos de inversión que aún no se concreten, por lo que para que la C.N.I.E., brinde su amparo, el posible desplazo debe ser real y efectivo.

En el otro extremo, si un inversionista mexicano tiene tal control de un mercado determinado en el que incluso llega a efectuar maniobras monopolísticas se desvirtúa el posible desplazo, ya que como se verá más adelante la C.N.I.E., desaprueba ese tipo de actos, y por lo tanto permitirá la entrada de inversionistas extranjeros en dicho mercado controlado.

Fracción III.- Sus efectos positivos sobre la balanza de pagos y, en particular, sobre el incremento de las exportaciones.

En vista de la caótica crisis en que se encuentra sumido el país, es de vital importancia el renglón de las exportaciones, que influye directamente sobre la balanza de pagos. Pero la problemática que presenta este factor en cuanto al análisis que de él debe realizar la C.N.I.E. es muy complicado, ya que existen una serie de factores que tienen que ser tomados en cuenta.

Las empresas de inversionistas extranjeros que se establecen en el país, requieren en su etapa primigenia importar la maquinaria, equipo y tecnología, posiblemente de compañías que no controlan, necesarios para poder instalarse adecuadamente y lograr poco a poco la competitividad requerida de su planta industrial, lo que incide directamente en forma negativa en la cuenta corriente y por lo tanto en la balanza de pagos nacional, además de que no es inmediato el inicio de exportaciones, ya que la empresa necesita de una etapa de madurez.

Por otro lado, los intereses y dividendos que sustraen las empresas extranjeras para sus dirigentes en el exterior, significan otra tremenda fuga de divisas lo que agrava la cuenta de capital, y por lo tanto, nuevamente, la balanza de pagos mexicana.

"El costo para la economía nacional de las importaciones que generan empresas establecidas en ella se miden por el grado en que son pagadas por sus exportaciones",⁽⁵¹⁾ de lo que se deduce que si no generan exportaciones, o si lo hacen, pero el valor de éstas es menor al de sus importaciones, se traduce en una merma para la economía nacional.

Otro problema que se presenta es la sustitución de importaciones, que tanto puede beneficiar a la balanza de pagos, aun-

51.- Del Villar, Samuel. Necesidad de regular la inversión extranjera. Criterios para su evaluación. En foro Internacional. Colegio de México 1974. Vol. XV, núm. 57. jul-sep. Pág. 39.

que también puede perjudicarla.

Es posible que la sustitución de insumos extranjeros - por insumos nacionales aumente el costo de producción, resultando - conveniente seguir utilizando los primeros. Además, "la sustitución de importaciones, de industrias ligeras, hace forzosa la inversión - en la producción de bienes de manufactura mucho más compleja, cuyos requerimientos de inversión y tecnología son sumamente elevados y - prácticamente vuelven imprescindible la participación de la inversión extranjera".(52)

Si bien es cierto que la presencia de los problemas antes citados es muy común, la C.N.I.E. debe realizar, por lo mismo, un exhaustivo estudio sobre cada caso de inversión extranjera en - particular, buscando no solamente que genere una balanza de pagos - positiva, sino también que mejore la calidad de los productos elaborados en el país, logrando sean competitivos en mercados internacionales; y dicho estudio debe abarcar el corto, mediano y largo plazo de la inversión, porque en cualquiera de ellos es que los inversionistas extranjeros, quienes siempre se las ingenian para lograrlo, extraen los grandes flujos de capital del país.

Fracción IV.- Sus efectos sobre el empleo, atendiendo al nivel de ocupación que genere y la remuneración de la mano de - obra.

52.- Heftye, op. cit. pág. 6.

En las áreas económicas en que existe una tendencia - de predominio por parte de los inversionistas extranjeros, existe una propensión a eliminar la mano de obra y sustituirla por el factor capital, en vista de lo cual dicho criterio plasmado en la fracción IV del artículo 13 no es muy tomado en cuenta por parte de la C.N.I.E., a menos de que, "si el proyecto ofrece generar un número considerable de empleos, debe verse favorablemente, máxime si se toma en consideración que en la coyuntura actual, se requiere de un - crecimiento económico del 6% anual, mismo que garantizaría una generación de 800,000 plazas, suficientes sólo para evitar el incremento del desempleo".(53)

Favorece también al proyecto de inversión extranjera - el que en virtud de su actividad cree a su alrededor empresas mexicanas que abastezcan a la empresa foránea en cuestión, fomentando - así las fuentes de trabajo.

Fracción V.- La ocupación y capacitación de técnicos y personal administrativo de nacionalidad mexicana.

Al igual que una buena remuneración a sus empleados mexicanos, ocupar y capacitar técnicos y personal administrativo nacional es un requisito que en la actualidad es cumplido de buena gana por los empresarios inversionistas extranjeros.

Al establecerse una empresa extranjera en el país, es muy común que en su etapa primigenia necesite traer a técnicos extranjeros para que inicien las operaciones de producción de una fábrica, por ejemplo; pero no se puede permitir que cada vez que exista algún tipo de problemas en el proceso productivo se tenga que llamar a los técnicos extranjeros para que solucionen las fallas del momento, o aún peor, que se les tenga indefinidamente de planta en nuestro país con los altísimos honorarios que normalmente cobran lo que significaría un grave costo de divisas tanto para la empresa como para el país.

Fracción VI.- La incorporación de insumos y componentes nacionales en la elaboración de sus productos.

Este es un criterio muy importante, ya que incorporando insumos nacionales se amplía el consumo interno, beneficiando a otras empresas mexicanas, productoras de dichos insumos, y aumentando como consecuencia el número de empleos.

Por otro lado, se evita la fuga de los capitales que tanto necesita México, ya que no se van a realizar las importaciones de insumos que antes eran requeridas del extranjero.

Ahora bien, para que la C.N.I.E. pueda exigir a los -

inversionistas extranjeros que incorporen en sus productos insumos - y componentes nacionales, éstos deben cumplir con las mismas especificaciones de calidad y precio que los insumos y componentes extranjeros; porque si no se puede obtener ésto, o con la utilización de - las materias mexicanas se va a elevar el costo del producto terminado, sería incoherente que se les obligara a cumplir con este criterio.

La C.N.I.E. debe tener mucho cuidado para ser racional en sus determinaciones, ya que imponer un grado de integración nacional poco realista, en el que el alto costo del insumo nacional va a traer como consecuencia la pérdida de competitividad internacional, y por lo tanto la no exportación de los productos nacionales, sería incongruente con la actual necesidad y política-económica mexicana, ya que una de las prioridades fundamentales es la exportación para - la obtención del mayor número de divisas posible.

Incluso, "si se da el caso de que una empresa extranjera desee replantear el grado de integración nacional que se le había fijado como condición a una autorización anterior, es posible - conceder una disminución en el mismo, siempre y cuando lo compense con un ofrecimiento de incrementar sus exportaciones".(54)

Fracción VII.- La medida en que financien sus operacion

nes con recursos del exterior.

La trascendencia de este criterio es que mediante él, se busca obtener precisamente lo que las inversiones extranjeras - tienen para ofrecer principalmente, que es el inyectar capital - fresco a nuestra economía mediante el financiamiento de recursos, no sólo del exterior sino propios de la empresa foránea, por lo - que el acceso a los inversionistas extranjeros en los ahorros del país receptor no se puede permitir, pues en la medida en que ellos aumenten sus utilidades y las envíen al exterior, la economía nacional incrementará sus pérdidas. No se puede financiar con capital del país los negocios de los extranjeros.

Es aconsejable que las empresas inicien su proyecto - de inversión con recursos propios (del exterior), ya que si se financian con recursos foráneos pero no pertenecientes a la propia empresa, se va a iniciar su desarrollo con un pasivo que además genera el pago de intereses que saldrán del país, lo cual es un escollo para su futuro desenvolvimiento y, en caso de que no exporten o que no lo hagan de manera suficiente, significará una merma para la economía nacional.

Otra opción que se les permite a los inversores extranjeros es constreñirlos a realizar el financiamiento de su empresa - mediante la reinversión de utilidades, mediante la cual, a pesar -

de que se va a utilizar capital producido en el país, no se va a -
provocar un endeudamiento externo, además de que dicho capital uti-
lizado no va a salir de ninguna forma del territorio nacional sino
que servirá para consolidar o expandir las operaciones de la empre-
sa en México.

Se presenta la disyuntiva entre permitir la reinver-
sión de utilidades y con ello permitir que la empresa extranjera -
reinvertora crezca frente a sus competidores, generando día con día
mayores posibilidades de mejores utilidades o, se le permite a la -
empresa extraer del país ganancias sin restricción alguna, perjudi-
cando nuevamente la balanza de pagos.

Sepúlveda propone idear un mecanismo para regular la -
inversión de utilidades de las empresas extranjeras, que sirva para
dirigir dicha reinversión a campos de actividad donde ella se requier
ra para el buen desarrollo económico, social y tecnológico de Méxi-
co. Asimismo, propone "un sistema normativo que imponga criterios -
sobre el monto máximo de utilidades que pueden ser reinvertidas por
una corporación extranjera, fijando ese límite en términos propor-
cionales al capital de la empresa. Además, las utilidades exceden-
tes pueden estar sujetas a un régimen tributario peculiar, median-
te el cual, a partir de un nivel determinado de utilidades, se - -
aplique una tasa fiscal muy progresiva. El propósito sería gravar,

en el caso de ganancias extraordinarias, hasta el 90% de las utilidades excedentes".(55)

Tal vez Sepúlveda fue muy lejos en cuanto a las restricciones y controles que debieran ser impuestos al inversionista extranjero, pero lo que no se puede negar es el mucho y difícil trabajo que debe realizar la C.N.I.E., para encontrar el justo medio en cada una de sus resoluciones.

Fracción VIII.- La diversificación de las fuentes de inversión y la necesidad de impulsar la integración regional y subregional en el área latinoamericana.

Con más de 3,500 kilómetros de frontera con el país más poderoso del mundo es lógico que de los Estados Unidos de Norteamérica provengan el mayor número, por mucho, de capitales que ingresan al territorio nacional para invertir.

Puede resultar muy peligroso para la economía mexicana, que un sólo país extranjero, con identidad de criterio entre sus empresarios controle todo un sector económico, pues en un momento dado pueden lograr ejercer grandes presiones sobre el gobierno mexicano cuando de alguna forma se atente contra sus intereses.

Por otro lado, si se diversifican las empresas que in-

51.- Sepúlveda, op. cit. pág. -4.

vierten en México se diversificarían también una serie de factores - como la tecnología, estando entonces el país receptor en la posibilidad de elegir en el mercado la que más le convenga, y no tiene que aceptar condiciones muy onerosas o perjudiciales como cuando uno sólo es el oferente.

La realidad es que en virtud de la gran dificultad que en la actualidad implica determinar con seguridad cuál es la nacionalidad del capital que ingresa al país por todas las estructuras - que es posible armar con empresas dominatrices y empresas subsidiarias, la C.N.I.E. no toma muy en cuenta para la determinación de - sus resoluciones el presente criterio, además que lo importante son las condiciones que cada inversión extranjera ofrece en particular, para decidir si conviene a los intereses de la nación o no.

La segunda parte de la fracción VIII del artículo 13 - de la L.I.E. es sólo el resultado de la década de los 70', en que el movimiento de integración latinoamericana estuvo en su apogeo, - pero esto es simplemente historia, ya que hoy día, con la imperiosa necesidad que tienen los países latinoamericanos de atraer la inver - sión extranjera, no se van a detener cada uno de ellos para ver - - cuál es el interés de los demás, sino que los países en su seno toman las decisiones unilaterales que realísimamente favorecerán a su economía en particular, lo cual es una desgracia, ya que formando - un frente común se lograría una mayor capacidad de exigencia, y por

otro lado, ayuda mutua.

Por lo anterior, este segundo criterio no es muy trascendente para determinar el ingreso de una inversión foránea, "aunque siempre será plausible aspirar a obtener logros en materia de integración regional, pese a que la heterogeneidad de intereses, tanto políticos como económicos en regiones como América Latina, re presente un obstáculo difícil de superar".(56)

Fracción IX.- Su contribución al desenvolvimiento de las zonas o regiones de menor desarrollo económico relativo.

México, un país en vías de desarrollo, con una economía en proceso de industrialización; tiene una gran cantidad de regiones geográficas en que la población recibe una mínima parte del ingreso nacional, por lo que como consecuencia se encuentran relegados del crecimiento económico del país. Por esta razón es re necesario y preponderante económica y socialmente que estas zonas del territorio mexicano se integren al crecimiento económico, y la inversión extranjera debe coadyuvar para este efecto.

Por su parte, la Resolución General número 9 facilita a los inversionistas extranjeros la relocalización de sus instalaciones mediante la autorización, sin previa resolución de la comisión, así como otras ventajas en caso de que lo hagan a zonas de -
56.- Heftye, op. cit. pág. 14.

menor desarrollo económico relativo.

La tónica de la C.N.I.E. es exigir, en los casos de -
nuevos proyectos de inversión extranjera, que se localicen en zonas
poco desarrolladas económicamente, aunque hay que tomar en conside-
ración que existen empresas, que por su naturaleza, deben permane-
cer en zonas determinadas, a pesar de estar éstas ya saturadas, -
pues su relocalización, que haría aumentar considerablemente sus -
costos, provocaría también que perdieran su competitividad en el -
extranjero, impidiéndoles exportar.

Fracción X.- No ocupar posiciones monopolísticas en -
el mercado nacional.

El criterio de la C.N.I.E. es que no todo monopolio -
en sí mismo es condenable, por el hecho de serlo; lo que sí se con-
dena es que cualquier empresa, ya sea nacional, pero principalmente
extranjera, efectúe actos monopolísticos.

Diferentes legislaciones, entre ellas la mexicana, han
rechazado las maniobras monopolísticas por parte de cualquier empre-
sa, nacional o extranjera, que sólo benefician, y en gran manera, a
quien las realiza, ya que dichas maniobras tienen sus efectos sobre
los diferentes sectores de la población siendo ésta, en última ins-

tancia, la única perjudicada.

La ley 12.906 argentina en su segundo artículo agrupa - las maniobras monopolísticas bajo los siguientes rubros generales. (57)

- 1.- Absorción y fusión de sociedades.
- 2.- Convenios especiales para: Repartición de zonas, - limitación de la producción, limitación de la libertad de compra, imponer compras, imponer precios de reventa.
- 3.- Restricción de la oferta, mediante: Acaparamiento, destrucción de productos, abandono y paro.
- 4.- Limitación desplazamiento de la competencia: Median te actos de obstaculización de la concurrencia de otros, obstrucción del comercio y dumping.

Y esto es precisamente lo que se busca evitar mediante este criterio, que las empresas con capital extranjero efectúen maniobras monopolísticas y por lo mismo controlar determinados mercados de la economía nacional.

57.- Enciclopedia Jurídica OMEBA. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, Tomo XIX, 1964. pág. 861.

Fracción XI.- La estructura de capital de la rama de actividad económica de que se trate.

Para el caso de que varias empresas mexicanas se desarrollen en un mismo mercado, la C.N.I.E. va a evitar que nuevas empresas, extranjeras, ingresen a competir a ese mercado, ya que se estaría en peligro de pulverizarlo y las compañías nacionales que ya se encontraban en él perderían rentabilidad.

Otra es la situación cuando el mercado al que quiere ingresar la nueva inversión extranjera directa está explotado en su mayoría por otros inversionistas extranjeros, ya que al permitir la C.N.I.E. la entrada de la nueva inversión, se creará una mayor competencia entre todas las empresas foráneas y prevalecerá la que pueda ofrecer mejor calidad al menor precio, esto en beneficio del consumidor nacional.

Fracción XII.- El aporte tecnológico y su contribución a la investigación y desarrollo de la tecnología en el país.

De tanta trascendencia como lo es la inyección de capital fresco por parte de los inversionistas extranjeros a la economía mexicana, lo es la transferencia tecnológica que pueden aportar; y aún más importante, si se toma en consideración que la tecnología no sólo coadyuva al desarrollo económico sino al desarrollo -

integral de un país.

Ahora bien, así como la transferencia de tecnología - puede ser un elemento muy importante de desarrollo, también lo puede ser de pérdida de identidad nacional y de dependencia creciente con el exterior, en caso de que no se escojan las tecnologías adecuadas para el país, sino que se acepten en forma indiscriminada, tratando de imitar sociedades y economías del exterior que no coinciden con las de los países receptores.

Las condiciones en que se desarrollaron los ahora llamados países del primer mundo, presentaron circunstancias históricas - que en la actualidad son muy diferentes para los países no pertenecientes al conglomerado antes mencionado, por lo que el proceso de - industrialización que aquellos efectuaron no se puede repetir para - éstos.

Cuando se produjo el despegue industrial de las primeras potencias se buscaba en el desarrollo el incremento de la producción; hoy día, "el desarrollo debe entenderse como un movimiento hacia adelante que se verifica en forma integral en el sistema socio-económico y que implica no sólo el crecimiento del producto, si no su distribución, el consumo, las condiciones de vida, la educación, la estratificación social, etc."(58)

58.- Alvarez, Jaime. La regulación de las inversiones y marcas y - de la transferencia de tecnología. México, Porrúa, 1979. pág. 20.

Otro problema que se presenta en nuestro país es la vi sión que, tanto los empresarios particulares como el gobierno, tienen en relación al desarrollo tecnológico interno, lo que implica - parte de la insuficiencia del sistema científico y tecnológico nacional.

El proteccionismo que se da a los empresarios mexicanos ha detenido el proceso de desarrollo tecnológico nacional, empresarios quienes además logran sus utilidades gracias a la abundancia de los recursos naturales, sin preocuparse por la eficiencia - con que realizan su trabajo. Lo que les interesa son las ganancias inmediatas, y como el desarrollo de nuevas tecnologías no lo son, - no le invierten ni un solo peso.

Por su parte, el gobierno destinó en 1963 el 0.26% de su producto interno bruto para el desarrollo de la ciencia y la tec nología, mientras que países del primer mundo como los Estados Unidos de Norteamérica invirtieron para el efecto el 3.7% del producto interno bruto⁽⁵⁹⁾, lo que muestra la poca conciencia que se tiene, en los países del tercer mundo, en desarrollar esta trascendente - área.

Las universidades y centros de investigación son otro - vital problema a resolver, ya que éstos no tienen una comunicación adecuada, ni con el sector público ni con la industria, por lo - -

que los logros que puedan realizar quedan en el aire, además de no tener una base firme en la realidad nacional. Toda esta problemática tiene como consecuencia, además, la fuga de cerebros, ya que en el extranjero son bien recibidos por su alta calidad, se les reconoce ampliamente su trabajo, y por lo mismo son mejor remunerados.

Siguiendo a Herrera y a Montí, se hace la siguiente - enumeración de los problemas tecnológicos que sufre México.(60)

- 1.- No existe prácticamente investigación tecnológica a nivel de empresas.
- 2.- Es muy limitado el volumen de inversiones que se - destinan, por parte del estado, a la investigación y desarrollo.
- 3.- La escasa investigación realizada en las universidades tiene poca relación con las necesidades más apremiantes del país.
- 4.- Los principales aportes tecnológicos provienen del exterior.
- 5.- La fuga de cerebros por falta de incentivos.

60.- Ibidem. págs. 94 y 95.

6.- Los grados de dependencia tecnológica siguen aumentando.

7.- La subordinación tecnológica parece ser ya mucho más fuerte como elemento generador de dependencia que la subordinación financiera.

La alternativa que se presenta a los países importadores de tecnología es desoladora, ya que por un lado necesitan urgentemente mucha tecnología para su desarrollo, y por las razones antes mencionadas, no están en la posibilidad actual de desarrollarla por sí mismos; por el otro, al recibirla de los países que la tienen, - se crea un lazo interminable de dependencia; o ¿podría llamársele - dominación?

Los países industrializados siguen realizando grandes avances en el campo de la tecnología, y México aún no toma conciencia de la fundamental importancia que tiene el desarrollar una tecnología propia, por lo que el abismo en esta área entre los países del primer mundo y los países en vías de desarrollo es cada vez mayor; y aquí es donde se finca la trascendencia de la C.N.I.E., - quien debe adoptar las medidas para permitir el ingreso al país, de los avances tecnológicos que sean adecuados para su desarrollo; pero dicha tecnología debe no sólo utilizarse, sino asimilarse para formar una plataforma sobre la cual se debe engendrar el despliegue de

la investigación tecnológica mexicana, con la ayuda, pues les debe de interesar, del gobierno y de los particulares.

"A fin de promover dicho desarrollo, se suele fijar como condición en las autorizaciones que emite la C.N.I.E., la presentación y aprobación de un programa de investigación y desarrollo científico y tecnológico a fin de que entidades educativas o de investigación nacionales se vean beneficiadas con la presencia de las empresas con inversión extranjera directa, en las que se concentra el conocimiento tecnológico"(61)

En otro orden de ideas, la admisión de una tecnología avanzada, propicia para las empresas que en el país se desenvuelven, una posible optimización de la producción en cuanto a calidad y precio se refiere, con lo que se logra una mejor colocación de los productos mexicanos en los mercados extranjeros, y por lo tanto, una mayor exportación y entrada de divisas. Por esto y por lo antes visto, el criterio plasmado en la fracción XII del artículo 13 es muy tomado en cuenta por la C.N.I.E. para dictar la resolución correspondiente sobre los proyectos de inversión extranjera.

Fracción XIII.- Sus efectos sobre el nivel de precios y la calidad de la producción.

En diversas ocasiones se ha plasmado en la presente tesis.
61.- Heftye, op. cit. pág. 18.

sis la imperiosa necesidad que tiene el país de lograr una planta - exportadora para obtener el mayor flujo de divisas posible tan necesario para tratar de resolver la cruenta crisis por la que atraviesa la nación; y dicho flujo de divisas sólo es posible adquirirlo - si se conjunta el binomio precios accesibles y alta calidad, para - tener la posibilidad de competir en los mercados del exterior, además de que el consumidor mexicano también se vería beneficiado si - se le venden productos con estas características.

Fracción XIV.- Preservar los valores sociales y culturales del país.

A pesar de la dificultad que existe para detectarla con precisión, es evidente que el ingreso del capital extranjero trae - aparejado un cierto grado de influencia en la vida social y cultural en la comunidad de los países receptores; el "way of life" de - los países importadores de capital se refleja en los pueblos que in - conscientemente reciben el impacto de la nueva cultura, antes ajena para ellos.

Lo anterior se debe de tomar muy en cuenta, ya que una vez modificados los valores culturales de una sociedad es mucho más fácil para los inversionistas extranjeros ingresar comercialmente a ella y obtener su aceptación, incluso su reclamo.

Por desgracia no se ha tenido el debido cuidado para evitar este colonialismo cultural, y campos tan importantes para el fomento del nacionalismo como la televisión, el cine, el radio, la prensa, están invadidos por la influencia del exterior.

Otro factor muy importante que distorsiona la cultura nacional es el interés que tienen los universitarios mexicanos en acudir al extranjero para obtener su "certificado de cultura" (estudios de posgrado) en las afamadas universidades de los países del primer mundo, y lograr con esa credencial una mejor y pronta aceptación, como profesionales, en los mercados de trabajo. Cuando regresan a su país de origen "vuelven mentalizados de acuerdo con las coordenadas ideológicas de la comunidad donde vivieron, convirtiéndose en instrumentos eficaces de penetración de las formas extranjeras, distorsionando la cultura autóctona"(62)

Según el criterio de Heftye "para los efectos de la evaluación de costo-beneficio de los proyectos sometidos a la consideración de la C.N.I.E., el criterio consignado en esta fracción no tiene mayor relevancia"(63) lo cual es un desatino por parte de la comisión, ya que dada su importancia, lo menos que puede hacer es el intento de alcanzar las metas planteadas en el artículo 13 de la L.I.E. que sólo buscan el beneficio de la nación mexicana.

62.- Fernández, Francisco. Inversión extranjera y valores mobiliarios. Madrid, Editorial Altamira, 1980. pág. 214.

63.- Heftye, op. cit. pág. 21.

Fracción XV.- La importancia de la actividad de que se trate, dentro de la economía nacional.

Como ya se advirtió, la política de la C.N.I.E. es la de seleccionar aquellas inversiones extranjeras que puedan resultar convenientes para la economía del país, por lo que mediante este - criterio se va a tratar de dirigir a los inversionistas extranjeros a los sectores prioritarios de dicha economía.

En una conferencia sustentada por Alvarez Soberanis, - en su carácter de titular de la Dirección General de Inversiones - Extranjeras, en la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, comentó: "...ya no se trata de quedarse con los brazos cruzados esperando los capitales del exterior, sino que se busca atraerla (la - inversión extranjera directa) y fomentarla en aquellos sectores en los que puede coadyuvar a la ejecución de los programas de reactivación económica establecidos por el propio gobierno". "Esta (la - industria nacional) no tiene por qué temer a la inversión extranjera directa, en tanto que el gobierno continúe buscando que ambas - se complementen para satisfacer adecuadamente los requerimientos - de la sociedad mexicana"(64).

En los lineamientos sobre Inversiones Extranjeras y - Propósitos de su Promoción" se señala cuáles son las actividades - prioritarias susceptibles de recibir inversión extranjera directa, 64.- Gómez Palacio, op. cit. págs. 192 y 193.

aunque se debe de aclarar que un proyecto de inversión extranjera no está automáticamente aprobado por el hecho de querer desarrollarse - en alguna de las ramas contempladas en este instrumento gubernamental, pero sí tendrán mayor posibilidad de aprobarse que las inversiones proyectadas para otras áreas no prioritarias.

Según Heftye Etienne, el presente criterio es muy tomado en cuenta por la C.N.I.E. para determinar la aceptación del ingreso de una inversión extranjera directa o no, ya que tiene su repercusión precisamente en las áreas catalogadas como prioritarias. (65)

Fracción XVI.- La identificación del inversionista extranjero con los intereses del país y su vinculación con centros de decisión económica del exterior.

El eterno problema es precisamente el choque de intereses que existe entre los inversionistas extranjeros y los propósitos que los gobiernos de los países receptores buscan en la inversión - extranjera directa, ya que éstos intentan desarrollar su economía, entre otras cosas, y aquellos buscan principalmente utilidades cuantiosas y poder para la protección de sus intereses e influencia en los mercados; son comerciantes.

En los países adquirentes de las inversiones extranjeras flota un miedo, fundado, de que la determinación de las directri

ces de la economía nacional pase a manos de centros de decisión en el exterior, mediante la presión que pueden ejercer los súbditos inversionistas de un país extranjero, en vista de su gran fuerza económica, sobre el gobierno mexicano, caso en el cual, la pérdida de soberanía sería manifiesta, situación que de hecho se ha presentado en etapas históricas anteriores, no muy lejanas.

El porcentaje de participación en el capital social de una sociedad es una forma muy importante de ejercer el control sobre una empresa, a lo que la legislación mexicana ha prestado atención, y por lo tanto tomó medidas como restringir dicha participación de capital foráneo en las diversas áreas económicas, reservándolas en su totalidad para el gobierno, o para los mexicanos, o fijando un porcentaje de participación máxima de capital extranjero en ellas.

El problema ahora consiste en tener la capacidad para identificar cuándo existe el control extranjero sobre determinado capital dentro de una sociedad, y saber restringir esa participación.

Un gran avance se logró al modificar la Ley General de Sociedades Mercantiles y eliminar las acciones al portador, permitiéndose únicamente la existencia de acciones nominativas como representativas del capital social de las empresas.

La C.N.I.E. debe tener mucho cuidado de cuándo los inmigrados, por razón de su actividad, se encuentren vinculados a centros de decisión económica del exterior, ya que si no se percata de ello, traería como consecuencia que la inversión extranjera fuera tratada como nacional.

"Para efectos prácticos, se ha procedido a requerir del inversionista foráneo que declare bajo protesta de decir verdad que no existe dicha liga con centros de decisión económica del exterior, toda vez que resulta sumamente difícil de detectar, y aún más, de comprobar la existencia de dicha vinculación"(66)

Fracción XVII.- En general la medida en que coadyuve al logro de los objetivos y se apegue a la política de desarrollo nacional.

Mediante este criterio se amplían las facultades discrecionales de la comisión, ya que se le da la posibilidad de argumentar en sus resoluciones, en base a otros programas y planes expedidos por el sector público, en los proyectos de inversión extranjera sometidos a su consideración.

Así, el Ejecutivo tiene la posibilidad de determinar, según se presenten las condiciones económicas del país, cuándo un

sector es prioritario o no, cuáles son los objetivos de la política nacional, y modificar en general conceptos tan subjetivos como éstos; pero hay que advertir que si ello sucediera con frecuencia y - en detrimento de los intereses extranjeros, sólo se lograría que éstos, por falta de seguridad, huyeran del país, o por lo menos no ingresarían nuevas inversiones extranjeras, por lo que conviene aplicar racionalmente el artículo 13 de la L.I.E. ya que con la discrecionalidad y flexibilidad que posee la C.N.I.E. es más que suficiente para resolver las situaciones que se presenten con sus diversas circunstancias particulares.

C O N C L U S I O N E S

1.- Al concluir las luchas por la independencia, el inestable gobierno mexicano solicitó el ingreso de los inversionistas extranjeros, quienes tuvieron la oportunidad de desarrollarse en el país muy a su gusto, ya que aquél no tenía la fuerza suficiente para controlarlos, a pesar de los intentos nacionalistas que existieron por hacerlo, aunque el flujo de capital foráneo no fue mayúsculo ya que los inversionistas extranjeros no sólo buscan las puertas abiertas de una nación para su ingreso, sino seguridad política, económica y social.

2.- Con el general Díaz en el poder, los inversionistas foráneos tuvieron, no sólo la posibilidad de hecho, sino el derecho jurídico de comerciar a su gusto en el país, gracias a la legislación emitida por el gobierno, además de que éste implantó seguridad política y económica mediante la represión, lo que alentó a más inversionistas del exterior a venir a México y buscar hacer fortuna.

3.- Comenzada la Revolución Mexicana, al igual que durante la Guerra de Independencia, el flujo de capital foráneo bajó considerablemente, ya que México no garantizaba la seguridad necesaria para los intereses de los extranjeros.

4.- El Congreso Constituyente de 1917, plasmó en la -

constitución del mismo año las directrices para la hasta hoy imperante política sobre inversiones extranjeras, legislando en su artículo 27 sobre el derecho de propiedad originaria de la nación sobre las tierras y aguas del territorio mexicano, así como la Cláusula Calvo y la prohibición a los extranjeros de adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas dentro de la zona prohibida; a partir de entonces comenzó una época de negociaciones y tensiones entre los inversionistas extranjeros y los mandatarios mexicanos, y el artículo 27 constitucional no pudo ser aplicado contundentemente sino hasta 1938 en que el general Lázaro Cárdenas expropió - las compañías petroleras, lo que nuevamente creó gran desconfianza entre los inversionistas.

5.- Durante el mandato del presidente Avila Camacho, se expidió la legislación de emergencia que significó un importante intento de control sobre el capital foráneo, sobre todo mediante - la creación de la Comisión Mixta Intersecretarial.

Un nuevo idilio se manifestó durante el gobierno del presidente Alemán Valdés con el inversionista extranjero, y fue López Mateos quien regresó a una política restrictiva en relación a - ellos.

6.- En 1973 se publica la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera, en la que se reco-

pilan las normas que sobre la materia existían anárquicamente en diferentes ordenamientos jurídicos, la cual sigue aún vigente, y conlleva una política selectiva, fomentando las inversiones extranjeras que coadyuvan al desarrollo integral del país.

7.- En vista del poder que tienen los inversionistas - extranjeros, tanto económico como político, no ha sido posible aplicar la directriz plasmada en la ley sobre inversiones extranjeras - con la fuerza que se quisiera, pero es necesario para una nación - trazarse un ideal de meta, el cual debe buscarse alcanzar.

El eje sobre el que gira la ley sobre la materia, es - su artículo 13, ya que los inversionistas extranjeros deben llenar los requisitos que en él se consignan, hasta donde alcancen sus posibilidades, para tener una mejor oportunidad de ingreso al país, - y el complemento necesario para la aplicación de dichos criterios - en los proyectos concretos de inversión, son las facultades discrecionales de que goza la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras.

Los acontecimientos económicos tienden a cambiar con - gran dinamismo, por lo que la discrecionalidad de los órganos de - gobierno es una figura esencial para que el derecho no quede rezagado, y da continuidad a la actividad administrativa, logrando una

mejor satisfacción de las necesidades públicas.

A pesar de la libertad que implica el acto discrecional, éste siempre debe cumplir con los requisitos fundamentales del procedimiento, como lo son la competencia, la fundamentación y la motivación, que a diferencia de los actos arbitrarios, éstos no poseen ninguna de las características anteriores.

8.- Dentro de las principales facultades que posee la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, se encuentran las de resolver sobre el aumento o disminución del 49% en que pueden participar los inversionistas extranjeros en el capital social de las - empresas, así como las condiciones conforme a las cuales se recibirá, con fundamento en los lineamientos establecidos en el artículo 13 de la ley; resolver sobre la participación de la inversión extranjera establecida en México, en nuevas áreas de actividad económica o en nuevas líneas de productos, con lo que se busca regular la participación y competencia que presentaría el inversionista foráneo en un mercado determinado, no así la parte tecnológica de - cierto producto; establecer los criterios reguladores en la materia, lo que hasta hoy se ha hecho de forma anticonstitucional, ya que - las resoluciones generales podrán concluir formalmente en actos administrativos, pero materialmente son legislativos, aunque no se - pueden negar las ventajas que implica dicha facultad al crear una -

atmósfera de seguridad jurídica para los inversionistas extranjeros, y por otro lado simplifica el trabajo de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras; someter a la consideración del Ejecutivo - Federal proyectos legislativos y reglamentarios, facultad por medio de la cual se podrían subsanar los vicios de anticonstitucionalidad de que sufren las trece resoluciones generales hasta hoy emitidas.

9.- De los criterios que más son tomados en cuenta por parte de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, a causa - de la situación económica actual, para la toma de sus resoluciones particulares, son el que la inversión extranjera debe ser complementaria de la nacional, aplicándola al máximo de eficiencia, en áreas en donde los inversionistas mexicanos no se han desarrollado, ni - tampoco debe desplazarlos en donde estén operando satisfactoriamen- te; tiene que influir positivamente en la balanza de pagos, incre- mentando las exportaciones y reduciendo las importaciones, dentro - de lo razonable; debe contribuir al desenvolvimiento de las zonas - de menor desarrollo económico relativo, logrando de esta forma que los beneficios del crecimiento alcancen a todos los puntos de la - República Mexicana; debe introducir tecnología nueva y adecuada para las necesidades del país, lo que permitirá un más completo desarrrollo integral en la forma de vida de los nacionales.

10.- Por lo tanto, en el artículo 13 de la Ley para -

promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera - se determina el espíritu de la política que sobre inversiones extranjeras marca la nación, y mediante la flexibilidad que otorgan las facultades discrecionales de que goza la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, ésta va a poder aplicar con mayor o menor énfasis, que es lo único que varía, dichos criterios, según lo requieran las necesidades del país, por lo que se considera que la - legislación sobre la materia, en general es adecuada y no necesita de mayores cambios.

B I B L I O G R A F I A

- Acosta Romero, Miguel. Teoría general de derecho administrativo. - México. Porrúa, 1983.
- Alvarez Soberanis, Jaime. La regulación de las invenciones y marcas y de la transferencia de la tecnología. Porrúa, México, 1979.
- Arellano García, Carlos. Derecho internacional privado. México, Porrúa, 1984.
- Barrera Graf, Jorge. La regulación jurídica de las inversiones extranjeras en México. México, UNAM, 1981.
- Creel, Luis. México ante la inversión extranjera. México, Escuela Libre de Derecho, 1966.
- Dahmen, David. United States investment in Mexico; history and prospects. San Francisco, California, Golden Gate University, 1981.
- Enciclopedia Jurídica OMEBA. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica - Argentina, 1967, Tomo XI.
- Fernández, Francisco. Inversión extranjera directa y valores mobiliarios. Madrid, Editorial Altamira, 1980.
- García Moreno, Víctor Carlos. El régimen jurídico de la maquiladora en México. Ponencia. Seminario de Derecho Internacional Privado, Cd. Juárez, Chihuahua, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, 1985.
- García Trevijano, Fos. Tratado de derecho administrativo. Madrid, - Editorial Revista de Derecho Privado, 1964.
- Gómez Palacio, Ignacio. Inversión extranjera directa. México. Porrúa, 1985.
- Heftye Etienne, Fernando. La inversión extranjera y la zona fronteriza. Ponencia. Seminario de Derecho Internacional Privado, Cd. Juárez Chihuahua, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, 1985.
- Heftye Etienne, Fernando. Criterios de admisibilidad de la inversión extranjera directa en México. México, inédito, 1985.
- Linares, Francisco. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Astrea, - 1975.
- Medina, José. El Estado mexicano entre la inversión extranjera directa y los grupos privados de empresarios. México. Premia Editora de Libros, 1984.

Méndez Silva, Ricardo. El régimen jurídico de las inversiones extranjeras en México. México, UNAM, 1969.

Ramírez de la O, Rogelio. De la improvisación al fracaso. México, - Ediciones Océano, 1973.

Sepúlveda Amor, Bernardo. Las empresas transnacionales en México. México, Colegio de México, 1974.

Vázquez Pando, Fernando. La evolución general del derecho mexicano. En Jurídica. México, Universidad Ibero Americana, 1978.

Villar, Samuel del., Necesidad de regular la inversión extranjera; - criterios para su evaluación. En: Foro Internacional. México, Colegio de México, 1974. p.

L E G I S L A C I O N

Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera.

Ley general de sociedades mercantiles.

Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

JURISPRUDENCIA

Quinta Epoca, Tomo X, Volumen I.

Quinta Epoca, Tomo XXI.