

El Poder Discrecional en la transformación del Derecho Mercantil Mexicano

(Una Interpretación Jurídica y Política)

J. AGUSTÍN ORTIZ PINCHETTI

Profesor Titular de Derecho Mercantil en el Departamento de Derecho de la UIA.

Con mi agradecimiento a Don Fernando Vázquez Pando y a Don Jaime González Graff quienes me animaron a reflexionar sobre el tópico y a escribir estas notas.

LA CRISIS DE NUESTRO DERECHO MERCANTIL

1.1. DURANTE CUATRO décadas nuestro Derecho Mercantil mantuvo casi intacta su presencia tradicional: un Código antiquísimo, de 1889, y una docena de leyes específicas que lo reformaron y que fueron promulgadas en los años treinta. La legislación mercantil permaneció inmóvil frente a los cambios de la vida mexicana de los últimos cuarenta años, los más completos y drásticos de toda su historia. En lo esencial, el mismo estatuto mercantil gobernó la actividad económica privada desde 1940 hasta el principio de esta década. Las mismas normas para una sociedad semi-agrícola de comercio tradicional, como una industria incipiente y para la fluctuante sociedad mexicana de nuestros días que después de un crecimiento rápido, casi violento, adquirió una complejidad impresionante: incrementó su industrialización, aumentó explosivamente sus núcleos urbanos, tendió una densa trama de comunicaciones y multiplicó sus relaciones económicas, tanto en el interior del país como con un amplio sector externo.

1.2. La inmovilidad de la legislación provocó un estancamiento en la jurisprudencia y un progreso muy lento de la doctrina. La creatividad jurídica

pareció no responder adecuadamente ante el reto de las nuevas realidades económicas. Uno tras otro fueron archivándose los proyectos del Código de Comercio. El de D. Joaquín RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ de 1943, el de la Secretaría de Industria y Comercio de 1960, el de BARRERA GRAFF y MANTILLA MOLINA de 1971, el de ESPINOSA BARRIOS de 1973 y otros más que como dice MANTILLA MOLINA, ni siquiera merecieron publicarse en mimeógrafo, todos acompañaron en el limbo al ante-proyecto de 1929.

1.3. Cabe adelantar que este anquilosamiento no fue causado por la decadencia de la ciencia jurídica, sino más bien por necesidades de estrategia política a la que haremos referencia.

1.4. Pero la realidad social y económica no podía esperar pacientemente la ventura de un Código completo y ha terminado por imponerse provocando la transformación y la crisis del Derecho mercantil tradicional. Una serie de nuevas leyes administrativas han penetrado el ámbito de la actividad mercantil en abierta contradicción a los principios que nutrieron al derecho comercial apartándose decididamente de la persecución de una justicia simplemente conmutativa para concentrar su efecto en el interés social y en el fortalecimiento del orden público.

1.5. Se ha producido en México un fenómeno similar al observado hace ya muchos años en los países europeos,^A particularmente en aquellos donde se ha originado nuestra cultura jurídica, sin embargo, en México tiene perfiles singulares. En los últimos cinco años se han promulgado una Ley de Transferencia de Tecnología, una Ley de Inversión Extranjera, una Ley de Protección al Consumidor, una Ley de Invenciones y Marcas, una Ley de Sociedades de Solidaridad Social, se han expedido también reglamentos y reformas para hacer más eficaz el control sobre la actividad bancaria, financiera y bursátil, incluso se ha modificado la Constitución, en su Artículo 27, Párrafo Tercero^B para permitir al Estado, como representante de la Nación, una intervención más eficaz con el objeto de hacer una *distribución equitativa de la riqueza pública y lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana.*

1.6. Para efectos de este trabajo llamaremos *nuevas leyes* a este complejo legislativo, que emerge en contraste con la legislación mercantil que se encuentra vigente en 1970, a la que designaremos como legislación *tradicional*.

1.7. Es significativo que el Segundo Congreso de Derecho Mercantil haya dedicado su sección central al estudio de estas nuevas leyes y que en su temario se excluyan los viejos temas polémicos del derecho tradicional. No es excesivo afirmar que de ahora en adelante la doctrina mercantil deberá emplear toda su energía en entender y encauzar este nuevo derecho.

1.8. Nuestro derecho tradicional del comercio se originó mediante un traspaso del contenido esencial de la doctrina, las leyes y los proyectos de otros países, en particular de Italia, Alemania, Suiza y Francia. Esta recepción se justificó indicando que nuestras instituciones legales formaban parte de una cultura jurídica conectada estrechamente con el pensamiento de aquellos países. La legislación tradicional tiene una congruencia notable derivada de su fuente, una ciencia jurídica bien desarrollada, también se caracteriza porque sus normas tienen formas rígidas, ciertamente incapaces de enmarcar un desenvolvimiento económico y social rápido, sobre todo el de una sociedad fluctuante como la nuestra.

1.9. El basamento de este derecho tradicional es la teoría de la autonomía de la voluntad, que es el corolario jurídico del dogma de la libertad individualista. "Todo lo que no está prohibido está permitido", así la legislación mercantil sólo daba un conjunto de principios mínimos inviolables dejando a la voluntad de los particulares el libre desarrollo de su actividad comercial, particularmente a través del principio de la libertad de contratación.

1.10. Este principio permea toda la legislación tradicional pero tiene su expresión más cabal en el Artículo 78 del Código de Comercio, que estipula que en las convenciones mercantiles cada uno se obliga de la manera y términos que aparezca, que quiso obligarse sin que la validez del acto dependa de formalidades o requisitos determinados. En el Código Civil de 1928 que es de aplicación supletoria en materia mercantil, se mantiene como lo ha demostrado Néstor DE BUEN y otros autores, prácticamente intacta la teoría de la autonomía de la voluntad, a pesar de que en su exposición de motivos se exprese un intento "socializante".

1.11. A su vez, la teoría de la autonomía de la voluntad es corolario del esquema político del liberalismo individualista. Como respuesta a la arbitrariedad y el despotismo del régimen liberal estableció el imperio de la ley y la limitación del poder. La Nación se convierte en un estado de derecho y se otorgó una Constitución, en ella se garantiza la libertad particular y se organiza y se limita al gobierno. El Estado no tiene otro fin que el de proteger los intereses individuales.

Las autoridades que administran sólo pueden obrar dentro de las estrictas atribuciones que les concedan las leyes.

1.12. Todo este sistema jurídico político, corresponde en lo económico al capitalismo. La democracia individualista es la faceta política del liberalismo y el sistema capitalista es su faceta socio-económica.

Por ello el derecho mercantil tradicional resulta la expresión sublimada y legalista del capitalismo. Es según la expresión de GARRIGUES, la quinta esencia del capitalismo.

1.13. No es verdad, sin embargo, que el derecho mercantil sea una invención capitalista, el derecho mercantil existe mucho antes de la aparición de este sistema y seguramente le sobrevivirá, lo que sucede es que el capital ha utilizado los esquemas jurídicos más antiguos para sus propios fines y los afina o los deforma hasta llevarlos en su propio beneficio al límite máximo de sus posibilidades. Los dirige como afirma el mismo GARRIGUES al servicio de “una nueva mística: la concepción faustica del dinero como instrumento de señorío, poder y fuerza”.

1.14. Pero ni el liberalismo como sistema global ni sus dos caras complementarias, la democracia individualista y el capitalismo, son sistemas perennes, ni tampoco lo son las instituciones jurídicas plegadas a ellos. Por eso, después de un largo tedio de la legislación se inicia la transformación del derecho mercantil mediante las nuevas leyes que hemos enumerado.

1.15. Estos ordenamientos interpretan la vida social de modo radicalmente distinto del derecho tradicional.

Empiezan por legitimarse como crítica a un orden injusto, intentan transformar el proyecto socio-político vigente y sustituirlo por otro. La empresa de esta obra legislativa es más ambiciosa que la de una “modernización” del derecho tradicional. Constituye un ataque frontal a su basamento ideológico, el dogma liberal y a su corolario jurídico la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación.

Por eso en todas estas nuevas leyes se disminuyen las restricciones a la acción del gobierno y se prohíben las renunciaciones y las convenciones en contrario que pudieran hacer los particulares.

1.16. Sin tener todavía la congruencia ideológica del derecho tradicional, tienen ya coincidencias suficientes como para atreverse a afirmar que constituyen un polo nuevo en la legislación y que están anticipando la creación de una trama legal completa que tenderá a abarcar a toda la actividad comercial o industrial. Confirma esta hipótesis la histórica reforma al párrafo tercero del Artículo 27.

CARACTERISTICAS DEL NUEVO DERECHO

1.17. Es difícil entrever una conciliación entre el sistema tradicional y el que va creándose a través de estas nuevas normas, ya que ambos conjuntos parten de principios opuestos. Siguiendo las líneas trazadas por los modernos estudiosos del Derecho Económico y revisando el contenido dogmático de estas nuevas leyes, comprobamos que en todas se intenta responder a una particular situación de crisis y de transformación en la que viven las sociedades latino-americanas, aunque tienen su coloración local muy original.

1.18. Estos serían algunos rasgos novedosos:

1.18.1. Está en la esencia de estos ordenamientos producir efectos directos y rápidos en la realidad. El derecho tradicional contemplaba un campo económico en el que predominaba el comercio de importación y la pequeña industria y, en general condiciones relativamente estables, pero es insuficiente su excesiva generalidad y su pretensión de permanencia. Por ello, también las nuevas leyes intentan obtener un sentido más pragmático dando a la legislación cierto "carácter elástico opuesto a la rigidez y al individualismo del orden jurídico tradicional".

1.18.2. Estos ordenamientos participan como se afirma en las exposiciones de motivos que se han publicado y en las declaraciones oficiales producidas en torno a ellas, de una reforma, de un proyecto socio-económico nuevo al que se le ha denominado de "desarrollo compartido" y que se opone a otro que se considera vigente pero obsoleto y al que se le denomina de "desarrollo estabilizador".

1.18.3 Sus normas tienen contenidos predominantemente económicos, de ahí también la necesidad de su elasticidad.

1.18.4. Como consecuencia de lo anterior, se implementan gracias a mecanismos jurídicos novedosos o poco desarrollados en el pasado, como son criterios generales fácilmente revocables, amplio campo para la negociación y desenvolvimiento de facultades discrecionales. Estos ordenamientos son reflejo de un fenómeno político, el incremento del poder estatal, concretamente en México, del ejecutivo que abandona el papel coordinador y promotor de la vida económica para intervenir en ella con la intención manifiesta de corregir abusos y desajustes y con el efecto objetivo de consolidar una centralización del poder social de decisión.

1.18.5. Cabe señalar que estas nuevas leyes van acompañadas además, por la intensificación de la actividad estatal directa en la economía. El Estado ha incrementado en los últimos cinco años una acción operativa semejante a la de los particulares, pero con la característica de que afecta sobre todo a ramas estratégicas de la económica nacional y tiene una gran coordinación interna de la que obviamente carece por su propia naturaleza el sector privado. Por lo tanto se han multiplicado en número y variedad organismos descentralizados, empresas paraestatales, para regular, para producir, para distribuir, servicios y bienes, en ellas el Estado tiene una participación mayoritaria de capital generalmente y cuando constituye minoría está dotado de derechos de veto y otros privilegios que refuerzan su postura, y hacen imposible la desviación de estas entidades a fines distintos de los del Estado.

1.18.6. Este conjunto aparentemente abigarrado tiene una gran coesión interna la que se ha logrado a través de la Secretaría del Patrimonio Nacional y de distintas leyes y reglamentos.

1.19. A tal punto que el poder de negociación del Estado frente a los productores privados es muchísimo mayor que la simple suma del capital o de los recursos que detenta.^A

El Estado tiene, por primera vez, un aparato relativamente bien articulado y eficaz para administrar propiedades inmuebles, recursos no renovables, financieros y en general una enorme riqueza material que tiende a acrecentarse y con la que se pretende constituir el instrumento básico de un desarrollo económico planificado.^B

1.20. Por lo tanto el Estado ha abandonado enteramente el papel subsidiario, supletorio y secundario que tenía respecto de la actividad de los particulares. Ha reestructurado los marcos jurídicos y económicos de la actividad privada y asume, con una nueva base constitucional, una responsabilidad y una atribución nuevas que lo enajenan definitivamente al modelo liberal individualista.

Las nuevas leyes están transformando al derecho mercantil tradicional porque regulan la realización de actos de comercio como son la transferencia de la tecnología, las inversiones extranjeras, la venta masiva de bienes, etc., pero su estudio difícilmente podría ubicarse en el derecho mercantil clásico, son a nuestro juicio leyes administrativas “encaminadas a regular una actividad estatal, una función administrativa”. Aquella tendiente a intervenir en la vida económica. Corresponde a todas definir atribuciones estatales para regular inversión foránea, para fomentar la inversión nacional, para aumentar empresas de trabajadores, para registrar el traspaso tecnológico, para proteger al consumidor, para organizar empresas de trabajadores, para regular el uso oficial de las invenciones y las marcas, para interferir en el sistema de fijación de precios, en la actividad de las bolsas de valores, en los bancos y de otras instituciones financieras.

1.21. Las nuevas leyes intentan satisfacer necesidades individuales y colectivas mediante la acción del Estado. Esto implica una merma en la esfera de la acción de los particulares, característica del Moderno Derecho Administrativo. Todas ellas son normas imperativas que abandonan la convicción de que el libre juego de las leyes económicas es el mecanismo óptimo de regulación de la vida social.

EL PODER DISCRECIONAL EN EL NUEVO DERECHO

2. Por ello, y debido a la naturaleza de los negocios que intentan regular, todos ellos de naturaleza económica, completos y cambiantes, las atribuciones que se otorgan al Estado no se encierran en formas rígidas, perdurables, sino elásticas y transitorias. Esto legitima y explica que en estas nuevas leyes se desarrolle hasta un límite no alcanzado el poder discrecional de la administración pública.

2.1. La jurisprudencia mexicana define a la discrecionalidad, facultad discrecional, o poder discrecional, como el fenómeno jurídico-político que se dá “cuando la ley le otorga a un funcionario administrativo un amplio campo de apreciación, para decidir cómo debe obrar o dejar de hacerlo o determinar libremente el contenido de su actuación”. Esta definición coincide con la que admite la doctrina europea. Este poder discrecional aparece en todas las leyes nuevas objeto de esta revisión y además parece ser el elemento operativo más destacado en ellas.

2.2. a) La Ley de Registro Nacional de Transferencia de Tecnología autoriza a la Secretaría de Industria y Comercio, entre muchas cosas a aprobar o reprobar, negar o aceptar el registro y dotar o privar defectos jurídicos a actos de traspaso tecnológico, entre otras causas porque la tecnología a que, según el juicio de la autoridad, la tecnología que involucren “esté libremente disponible en el país”, a que la contraprestación “constituya un gravamen injustificado, excesivo para la economía nacional”, a que se impongan “límites al desarrollo tecnológico del adquirente”, a que se establezcan en ellos plazos excesivos (Artículo 7o. Ley L. T. T.).

El muy interesante Artículo 8o. establece un arbitrio administrativo y no una facultad discrecional al hacer dispensables y objeto de excepción ciertos impedimentos. Se trata de un arbitrio porque marca un límite de apreciación y la autoridad que puede actuar dentro de ese límite no puede dejar de tomar una decisión como estaría autorizada si se tratara de una facultad discrecional.

Sin embargo, la apreciación de motivo de dispensa “cuando la tecnología que se transfiera... sea de particular interés para el país”, es un juicio subjetivo y, por ende, se ejercita mediante una facultad discrecional.

2.2. b) La Ley para promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, es más generosa en la ampliación del poder discrecional. Así, la Comisión Nacional que organiza está dotada con múltiples atribuciones que a mi juicio forman un poder discrecional mayor que se haya otorgado a un órgano estatal, salvo el que la ley concede a los poderes supremos. La Comisión puede resolver sobre el aumento o disminución del porcentaje en que

pueda recibirse la inversión extranjera, (más allá de los límites de la propia ley), cuando a su juicio sea conveniente para el país (Artículo 5o.).

Podrá escoger libremente áreas geográficas o actividades económicas, podrá apreciar cuando debe dar tratamiento especial en casos concretos; cuando deben de admitirse inversiones en empresas ya establecidas o en nuevos establecimientos; cuando deben de aceptarse en nuevos campos de actividad económica o nuevas líneas de productos..., etc. (Artículo 12).

Podrá autorizar cuando considere "conveniente a los intereses del país", la adquisición de más del 25% del capital o más del 49% de los activos fijos de las empresas establecidas (Artículo 8o.).

En fin, se le otorga incluso la facultad de establecer criterios generales y requisitos para la aplicación de disposiciones legales (Artículo 12, fracción V), o sea para expedir normas generales abstractas e impersonales.

2.2. c) La Ley de Inveniones y Marcas introduce, precisamente a través de las facultades discrecionales, una importante reforma al régimen de propiedad industrial. Por ejemplo, el poder estatal puede decidir, con entera libertad, el otorgamiento de licencias obligatorias, en cuanto a su término de duración, sus condiciones, su campo de aplicación y el monto de regalías (Artículo 52).

El Titular de una patente deberá comprobar "a satisfacción de la Secretaría de Industria y Comercio, el inicio de su explotación" (Artículo 41).

La misma Secretaría podrá por "cualquier causa de interés público determinar que la explotación de ciertas patentes pueda hacerse mediante otorgamiento de licencias de esa naturaleza" (Artículo 56).

También podrá declarar la Secretaría, por razones de interés público, el registro y uso de marcas o prohibirlo (Artículo 125).

El titular de una marca deberá demostrar a satisfacción de la Secretaría el uso efectivo de ella para no ver extinguido de pleno derecho el registro correspondiente (Artículo 117), la propia SIC determinará a su juicio el volumen y condiciones de comercialización necesarias para entender que se usa de modo efectivo una marca (Artículo 118).

2.2. d) La Ley de Protección al Consumidor intenta alcanzar sus fines, al otorgar un amplio poder discrecional.

En el Artículo 6o., por ejemplo, se le dan facultades para obligar a que en los productos que estime pertinentes se incluyan indicaciones de sus características, para fijar normas y procedimientos a los que se someterán las garantías de los productos y servicios, para ordenar modificaciones en los sistemas de venta o arrendamiento o en la prestación de servicios, para determinar los productos que deben ostentar precios de fábrica, para fijar

precios, y en general para dictar resoluciones, acuerdos o medidas administrativas pertinentes, para hacer cumplir las normas de protección de los consumidores.

Incluso, se establece un sistema de publicidad para las resoluciones de carácter general.

En el Artículo 22, la SIC está autorizada para fijar tasas máximas de interés y cargos máximos adicionales en ventas a plazos. El ejercicio de esta facultad podrá tomar también el carácter de una disposición de carácter general.

2.2. e) La Ley de Sociedades de Solidaridad Social, al crear esta nueva figura, la mantiene dentro de un marco de control estrecho, ejercido según el caso, por la Secretaría de la Reforma Agraria o la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, estas dependencias otorgarán autorización para la constitución y funcionamiento de la sociedad (Artículo 7o.), convocarán asambleas generales cuando lo consideren necesario (Artículo 20), obtendrán toda clase de informes sobre las actividades sociales. Podrán revocar las actividades sociales (Artículo 31).

El Ejecutivo podrá, además, otorgar discrecionalmente a estas sociedades estímulos, franquicias o subsidios o revocar su otorgamiento (Artículo 36).

2.2. f) También se amplían las facultades discrecionales mediante reformas introducidas a la legislación cambiaria, mediante la ampliación del campo de aplicación de la Ley de Atribuciones del Ejecutivo en Materia Económica, particularmente mediante los decretos que amplían y perfeccionan el control de precios.

2.3. Siempre podemos constatar que estas facultades están afectando aspectos torales de cada una de las nuevas leyes o de las reformas mencionadas, a tal punto que de eliminarse estas facultades se desquiciaría toda la estructura de estos ordenamientos. Pensemos, por ejemplo, ¿cuál sería el efecto de suprimir en la Ley de Inversión Extranjera las atribuciones amplias, de su Comisión Nacional?, o eliminar la facultad de calificar las contraprestaciones en los contratos de asistencia técnica, en la ley de Transferencia de Tecnología, etc.

CRITICA JURIDICA A LAS FACULTADES DISCRECIONALES.

2.4. Cualquier aplicación concreta de un ordenamiento, es un acto de creación jurídica.^A El Magistrado o el burócrata más letrista, al aplicar la disposición mejor reglamentada, están ejercitando cierto grado de libertad y de discrecionalidad. Siempre hay un área que la ley deja a la prudente decisión de quien debe cumplirla. Incluso muchas veces la oscuridad, la contradicción o las lagunas de la ley, hacen "forzosa la discrecionalidad".^B

La autoridad administrativa que busque cumplir más con el espíritu que con la letra de la ley, deberá utilizar su imaginación creadora para obtener la máxima flexibilidad posible sin quebrantar la resistencia elemental de toda norma escrita.

2.5. Esta libertad en ciertos casos, se extiende hasta permitir que la ley autorice a funcionarios a que en su estricta aplicación, pueda ejercitar su arbitrio dentro de límites máximos y mínimos. Pertenecen a esta especie las disposiciones penales. A esta atribución se le ha llamado el Arbitrio Administrativo.

2.6. Pero el poder discrecional es un fenómeno jurídico distinto. La jurisprudencia mexicana ha absorbido ya la doctrina más avanzada y ha logrado esclarecer las diferencias con el arbitrio administrativo. La facultad discrecional se produce cuando la ley identifica su contenido dogmático con la voluntad del funcionario encargado de aplicarla. Como dice LINARES, el órgano legislativo hace poner la propia voluntad del órgano administrativo como contenido dogmático de la norma. Esta figura permite ciertas modalidades como son la inclusión de fórmulas elásticas, la inclusión de fórmulas con amplios géneros dogmáticos y la insuficiencia u oscuridad para normar ciertas relaciones.

2.7. La ley prevé, pues, su propio contenido como algo elástico, que se completa con la decisión del funcionario administrativo quien determina “si debe obrar o debe abstenerse” y “cómo y cuándo debe obrar, y aun para determinar libremente el contenido de su propia actuación”.^A

El poder discrecional nace cuando la ley escrita, necesariamente rígida y de difícil modificación se vuelve incapaz para gobernar situaciones variables, complejas o cambiantes. Es entonces cuando para no obstaculizar el cumplimiento, el fin mismo de la ley, el órgano legislativo permite que la libertad de decisión del funcionario administrativo, otorgue a la norma la suficiente elasticidad y eficacia para “producir los efectos que de ella se esperan”.^B

2.8. Esto explica por qué en todas las leyes nuevas que revisamos y cuyo objeto es precisamente regular relaciones económicas cambiantes, deba de emplearse este instrumento de técnica legislativa que permite, a través de resoluciones subjetivas, casuísticas y cambiantes, regular una realidad económica que ya no puede abarcarse en el marco rígido del derecho tradicional.

2.9. Las facultades discrecionales han tenido un desarrollo lento en México. Paulatinamente se ha pasado de una estricta regulación del acto administrativo, a una orientación más libre y dinámica hasta que en los últimos

años, y particularmente en las leyes que estudiamos, el fenómeno de la ampliación del poder discrecional se ha magnificado.

2.10. Nuestra Constitución no autoriza ni reprueba el otorgamiento del uso de facultades discrecionales a la administración pública. Sin embargo, el exámen de la estructura constitucional, obliga a admitir que el poder discrecional no se contrapone a su esencia jurídico-política que se caracteriza por un poder ejecutivo fuerte y a la vez que dicho poder o facultad no puede utilizarse en forma caprichosa o arbitraria, otorgando en consecuencia a los particulares defensas a través del juicio de garantía frente al ejercicio abusivo de la facultad discrecional.

2.11. En efecto, el Artículo 16 de la Constitución obliga a fundar y a motivar los actos de la autoridad competente que puedan originar incluso simples molestias a las personas.^A

Si bien las facultades discrecionales son enteramente jurídicas al permitir no sólo la mejor satisfacción de la necesidad social, sino el cumplimiento eficaz de la ley, sin las cuales sería incapaz de gobernar situaciones complejas o cambiantes, también lo es que la autoridad no puede dejar sujetarse a un razonamiento^B que “partiendo de hechos objetivos e indubitables llegue a conclusiones que no se opongan a la lógica, al sentido común, a la justicia o a la equidad”, y muy principalmente que no rebasen o contradigan los fines de la norma.

2.12. En este sentido, la jurisprudencia mexicana ha legitimado esta práctica legislativa otorgándole cierto marco a través de numerosas ejecutorias que han ido constituyendo jurisprudencia y adquiriendo por lo tanto una fuerza legal. Estas serían algunas de las notas más características:

2.12.1. Explícita e implícitamente^A se estiman constitucionales y legítimas las leyes que otorgan facultades discrecionales a la administración pública.^B

2.12.2. Las facultades deberán ejercitarse en los términos de la ley de la que emanan, debiendo sujetarse en su caso, a los procedimientos que la ley establezca.

2.12.3. El poder judicial puede censurar en la resolución del juicio de amparo, las facultades discrecionales cuando se ejerciten en forma arbitraria o caprichosa, cuando no se invoquen las circunstancias que concretamente se refieren el caso discutido, cuando dichas circunstancias resulten alteradas o sean inexactos los hechos en que se pretende apoyar la resolución, o cuando el razonamiento en que se motive el uso de la facultad discrecional sea contrario a las reglas de la lógica o de la experiencia.

2.12.4. Se ha establecido también que el uso de la facultad discrecional no es una actividad absolutamente subjetiva, íntima o exclusiva, por lo que no puede ejercitarse de modo arbitrario o caprichoso.^A Sin embargo, el poder

judicial no puede llegar al extremo de imponer su propia opinión a la autoridad administrativa si ésta demuestra que actuó con fundamento legal y de acuerdo con los principios de la lógica, con ello la Suprema Corte ha dejado perfectamente claro que el órgano jurisdiccional no puede sustituir a la autoridad administrativa en el uso de la autoridad discrecional, por lo que, como afirma CARRILLO FLORES,^B más bien debe hablarse de límites jurídicos al poder discrecional que de sustitución en el titular del ejercicio de dicho poder.

2.12.5. Finalmente, los Tribunales Colegiados de Circuito, han establecido la jurisprudencia que distingue al arbitrio administrativo en el cual el órgano de aplicación puede escoger entre dos extremos, máximos y mínimos, pero en el que necesariamente deberá de actuar en contraste con la facultad discrecional donde amén de no existir necesariamente el máximo y el mínimo, el funcionario administrativo cuenta con un campo tan amplio de apreciación y decisión que podría incluso abstenerse de resolver.

2.13. A nuestro juicio no es exacto que el poder discrecional desafíe por sí mismo, en su formulación teórica, los principios del estado de derecho que conduzca obligadamente a la inseguridad jurídica. Como hemos visto, el poder discrecional está firmemente engarzado en el orden jurídico que limita su elasticidad en dos términos, uno es la necesidad de que exista la norma que la otorga sin la cual no puede legitimarse y a cuya finalidad sirve, de tal modo que si contradice el texto de la ley o su contenido teleológico, carecería de validez jurídica, cuyos efectos podrían ser destruidos por la autoridad judicial mediante el amparo, en virtud del principio, establecido en la Constitución y ratificado plenamente por la jurisprudencia, de que las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite.

El otro término es la facultad de la autoridad judicial para censurar su uso no sólo en función de su origen legal, sino de la razonabilidad que como nota precisa le exige la doctrina y la jurisprudencia mexicana.

2.14. Tampoco nos parecen anticonstitucionales aquellas leyes que otorgan facultad a la autoridad para fijar criterios generales de aplicación, porque si bien éstas pueden ser consideradas como normas generales, abstractas e impersonales, no pueden asimilarse a las leyes o predicarse que la administración pública está haciendo uso de la facultad legislativa que la Constitución reserva al poder legislativo.

En efecto, dichas normas generales cuando su expedición es autorizada expresamente por las leyes, sólo pueden tener el alcance de permitir la correcta interpretación y aplicación de ésta, sin poderlas de ninguna manera contradecir, ni tampoco excederse en cuanto a su finalidad a cuyo servicio se encuentren.

2.15. Además, es evidente que la expedición y la publicación de estos criterios generales hacen posible a los particulares el alcance preciso en el ejercicio de la facultad discrecional y con esto contribuyen notablemente al afianzamiento de la seguridad jurídica, la que no se respetaría de igual modo manteniendo criterios internos secretos o por medio de innumerables decisiones concretas que podrían variarse de modo caprichoso y cuya existencia puede producir una deformación o alteración grave en la condición de la seguridad jurídica.

2.16. Si bien consideramos que es inoperante en abstracto la crítica que se hace de este poder discrecional al que se le estima de anticonstitucional, asimismo reconocemos que estas críticas toman un relieve mucho más importante cuando se refieren a las peculiaridades de la realidad en que se aplica el derecho en México. Coincidimos, por ejemplo, en el peligro que señala BARRERA GRAFF en reciente trabajo, cuando afirma que la atribución a un órgano de la administración pública de un cúmulo de facultades, muchas de las cuales son de interpretación casuística y subjetiva y tan ilimitadas, podrían rebasar los límites de la ley y convertirse en arbitrarias y contrarias cuando se ejerciten, al Artículo 16 de la Constitución.

2.17. Por otra parte, la vaguedad, insuficiencia y oscuridad de las normas que consagran estas facultades y que parecen en muchos casos enteramente voluntarias, constituyen un serio peligro para la seguridad jurídica, ya que fácilmente el poder discrecional, mediante interpretaciones torcidas podría excederse mucho más allá de la norma que lo genera.

Estos peligros inherentes a la elasticidad de estas normas administrativas, podrían compensarse con los beneficios sociales que se logran gracias a su actividad y eficacia, siempre y cuando la censura del poder judicial pueda y deba hacer de estas facultades que en su uso fuera oportuno y eficaz a través del juicio de garantías.

2.18. Es aquí donde resalta la importancia que pueda tener la aplicación del Artículo 124 de la Ley de Amparo que en su Fracción II prescribe que no se concederá la suspensión del acto reclamado cuando se siga perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público.

Es evidente que el carácter de estas leyes se fundamenta precisamente en el interés social y que podrían considerarse de orden público. Así lo declaran expresamente la Ley de Protección al Consumidor en su Artículo 1o., la Ley de Inversión Extranjera en su Artículo 1o. y la de Inversiones y Marcas en su Artículo 2o.

2.19. La jurisprudencia de la Suprema Corte ha mantenido el criterio de que la estimación del concepto de orden público no es ajena a la función de los juzgadores en el caso concreto de que lo sometan a su fallo y que podrá

concederse la suspensión si ésta no priva a la colectividad de un beneficio que le otorgan las leyes, o si no se le infiere un daño que de otra manera no resentiría (ver informe de la Segunda Sala, 1973, página 44).

2.20. Resulta así evidente el papel estratégico de la censura judicial al poder discrecional porque si los jueces de Distrito negaran la suspensión a los actos reclamados que provengan del ejercicio de este poder, ateniéndose a la declaración enfática de las leyes, o a la interpretación que sobre su contenido ha hecho reiteradamente el ejecutivo o a cualquier razón de estado, la protección de la justicia federal se volvería inoperante dada la calidad específica de los negocios mercantiles. Con esto se destruiría ese soporte básico del poder discrecional que es la censura judicial y entonces los peligros y riesgos que apuntan sus críticos se volverían enteramente factibles.

2.21. Cabría observar que el poder discrecional no puede ser calificado exclusivamente dentro de los márgenes teóricos de la ley, la jurisprudencia o la doctrina. Es evidente que toda la estructura jurídica es enteramente dependiente de su origen político particularmente en un país donde, como en México, no existe una neta separación o contrapeso entre los poderes. Esto nos impone una última reflexión, una modesta y breve interpretación política.

3. Crítica Política.

3.1. En realidad las normas jurídicas son dirigidas, aplicadas e interpretadas mediante actividades estatales, en su expresión última son actos políticos. El conjunto de esa actividad jurídico-política, tiene una orientación bastante precisa que obedece a un proyecto, a un modelo, a ciertos objetivos que pretende alcanzar el poder público y del cual se deriva, no sólo la creación formal del derecho, sino su modelación y deformación a través de la aplicación concreta que en dichos casos hacen las autoridades administrativas y judiciales.

La Ley de Inversión Extranjera, por ejemplo, intenta regular muy firmemente un campo que, con algunas restricciones, había dejado el Estado libre a los intereses de los particulares. Tanto la situación anterior de falta de legislación y la actual de legislación restrictiva, dependen de una política legislativa y ésta de la política general del país.

Es por eso indispensable encuadrar a los fenómenos jurídicos parciales en el panorama general de la estructura del poder.

3.2. Bien es sabido que en México dicha estructura no obedece al esquema formal de la Constitución. Como afirma GONZÁLEZ CASANOVA "la dinámica política, la institucionalización del cambio, los equilibrios y controles, la concentración y distribución del poder hacen de los modelos clásicos elementos simbólicos que recubren y sancionan una realidad distinta".

3.3. México tiene un sistema político *suigeneris*, una organización singular que proviene de su propia cultura política y está a medio camino entre la dictadura y la democracia cuyo eje central o pieza maestra es un poder ejecutivo fuerte encarnado en el Presidente de la República dotado de un mandato temporal.

3.4. El Presidente está dotado de amplísimas facultades, muchas se desprenden del texto constitucional, otras de circunstancias y prácticas diversas. El Constituyente del 17 creó un poder ejecutivo muy poderoso, a medida que ha transcurrido el tiempo sus atribuciones se han ampliado dentro del margen estrictamente legal. Pero nuestro presidencialismo se nutre además con abdicación que el poder legislativo ha hecho de su función y con la relativa debilidad del poder judicial, quien se inclina frecuentemente ante los intereses principales del Ejecutivo. Por lo tanto, los “poderes” que contrapesan el del Presidente de la República son los de grupos sociales bien aglutinados (obreros sindicalizados, empresarios, caudillos locales, etc), que ejercitan una gran capacidad de presión debida a su ubicación estratégica en la sociedad. Este ejercicio es oculto y emponzoña y oscurece, como lo señaló COSÍO VILLEGAS, nuestra vida pública.

3.5. El proyecto social y económico del país del que deriva la política legislativa, tiene como centro directriz a un poder ejecutivo muy fuerte atemperado con su temporalidad sexenal y con la presencia de los grupos “opresores”. Este proyecto heredado de la Revolución y que se intentó sintetizar en la Constitución del 17, contiene una contradicción principal: por una parte acepta la tesis del liberalismo clásico, consagrando la libre iniciativa de los particulares en la economía, y por la otra, otorga al Estado en ese mismo campo la facultad de actuar como promotor y aun como factor motriz de dicha actividad en aras del interés colectivo.

3.6. Consolidado el poder político, el Estado se reservó para sí áreas estratégicas y dotó de marcos jurídicos a la actividad particular, pero dejó a ésta la tarea fundamental en el desarrollo, después de la Segunda Guerra Mundial, y arrastrados por la ilusión del industrialismo, dotó a los empresarios tanto nativos como extranjeros, de magníficas ventajas como protección arancelaria, estímulos fiscales, materias primas y mano de obra barata, baja tasa de impuestos, etc.

Este modelo de distribución de funciones fue acompañado con una concentración progresiva del poder político y por una depresión de los rasgos democráticos del sistema.

La relativa marginación del Estado en la actividad económica y su carácter de promotor y coordinador, se reflejó en la legislación mercantil precisamente al mantener los marcos jurídicos favorables a la actividad privada y

como no podía haber otros mejores que las leyes liberales vigentes, se les mantuvo casi sin cambio. Cualquier intento de reforma global terminó en un fracaso porque los grupos de presión, defensores de los intereses de la oligarquía, resultaron eficaces para disuadir al Gobierno en una tarea de reforma. Esto explica el triste destino de los proyectos del código de comercio y también los forcejeos que han acompañado siempre a la expedición de las nuevas leyes que hemos registrado. Creo que también está aquí la clave para entender el retraso con el que, con relación a otros países, utilizó México la modalidad de las facultades discrecionales. Un Estado poco intervencionista en el campo económico no necesita del uso de estas fórmulas elásticas.

3.7. El cambio que se ha producido al iniciarse esta década, radica en esencia en el activismo del Estado mexicano en la economía, por ello, se eliminan o se atenúan los valladares que imponen las leyes y la tradición legislativa y la doctrina clásica a la interferencia del gobierno en la vida económica.

El debilitamiento de esta restricción está produciendo en primera instancia una penetración en los campos de acción de la iniciativa privada, y como consecuencia una modificación importante en la legislación y el consiguiente disgusto y reactivamiento de los grupos de presión.

Hemos afirmado, siguiendo las tesis oficiales, que se intenta pasar de un modelo de desarrollo a otro, del desarrollo estabilizador al desarrollo compartido. Por supuesto que este cambio no es gratuito, obedece a presiones crecientes dentro de una sociedad organizada injustamente y a las que desata el grave deterioro de la economía nacional.

3.9. Entre otros muchos acontecimientos la transferencia masiva de recursos del sector agrícola al urbano para estimular la industrialización, el uso abusivo de los recursos externos, y el endurecimiento del control político, han ido acercando al país a una crisis estructural de la que fueron signos inequívocos el movimiento popular de 1968 y los crecientes disturbios y violencias que han ido multiplicándose en la ciudad y en el campo de México.

Ante el peligro de esa crisis estructural, el Estado requiere de un acopio muy intenso de atribuciones. Para ello requiere de una poderosa base económica cuyos fundamentos jurídico-políticos, estaban ya en la Constitución de 1917 y los que ha ampliado en la reforma reciente al Artículo 27. Con ese instrumento económico el Estado puede planificar la economía y estar en mejores condiciones para manipular las condiciones objetivas.

3.10. Es por ello que el capital privado se retrae, temeroso ante la modificación del ambiente tradicional. El sector público mucho más certero y agresivo, toma sin vacilar su lugar. A tal punto que la inversión pública ha sido por primera vez mayor que la privada. Es evidente que la tendencia intervencionista se hará más intensa, como indica GUAJARDO SUÁREZ,

en la medida en que la empresa privada carezca de interés, de capital, o sea impotente para atender su propio campo con eficacia económica, con capacidad técnica, con justicia social. No es aventurado suponer —afirma— que “la desaparición de la libre empresa, ocurre por suicidio clasista más que por muerte natural”.

3.11. Creo que estas circunstancias nos dan la clave para entender el nuevo derecho en el que el Estado y sus funciones adquieren un relieve de importancia difícil de exagerar. Si bien estas leyes que acompañadas por otras como la de Asentamientos Humanos y Desarrollo Urbano, forman una trama, parecen destinadas a velar por los intereses de los que se consideran más débiles y para provocar una mejor distribución de la riqueza, también es cierto que se vuelven herramientas para acelerar el fenómeno de concentración del poder en México.

3.12. Muchos autores progresistas se entusiasman ante la idea de la transferencia del poder económico del sector privado al sector público y en general aplauden cualquier aumento del poder estatal, consideran que debilitar al Estado mexicano obstaculiza la estrategia de reforma interior y de defensa de la independencia del país. Pero otras gentes también progresistas pero quizás más lúcidas, afirman que un Estado hipertrofiado no puede garantizar reformas benéficas, que puede utilizar su poder en extinguir el cada vez más escaso espacio de libertad personal y colectiva que incluso, puede conducir a una forma de capitalismo de Estado más corrompido e injusto que el capitalismo mexicano de hoy.

De producirse este fenómeno, el poder discrecional tendría un crecimiento cancerígeno, liberado de sus soportes de legalidad y de censura judicial, los que se resquebrajarían al suprimirse las escasas notas de independencia que todavía hoy tienen los poderes formales, particularmente el judicial. Se afirma entonces que México podría encaminarse a un sistema absolutista pretendidamente legitimado, en función de conceptos abstractos como el interés colectivo, o la reforma social.

3.13. Quizás resulten catastrofistas estas opiniones, pero no hay duda que es sombría la evidencia que nos muestran algunos investigadores sociales o políticos serios, los que afirman que el aumento del poder discrecional y en general el crecimiento y la articulación del poder estatal, fueron acompañados en los meses finales del sexenio anterior, de una declinación peligrosa en nuestra escasa vida democrática. Toda forma de oposición se pulverizó, la vida sindical se controló con mano de hierro, se agredió verbalmente a los empresarios pero se toleró la acumulación excesiva, se redujo el espacio crítico y a la vez se invitó al diálogo. El nuevo régimen que concentra sus

energías en ser independiente ha atenuado esa tendencia antidemocrática pero no la ha suprimido.

3.14. Octavio PAZ, con la claridad que lo caracteriza, ha dicho que debemos defender y fortalecer al Estado mexicano, pero “a condición de que sea realmente nacional, popular y democrático”. La contradicción entre la necesidad de promover la reforma y un ejecutivo demasiado poderoso, sólo puede resolverse mediante la democratización otorgando al poder y a sus leyes la legitimidad que sólo da la voluntad popular. En una dictadura el poder discrecional es el mecanismo eficaz para la destrucción cabal del orden jurídico, en una sociedad libre puede ser el instrumento que garantice el desarrollo y el perfeccionamiento del derecho frente a la nueva realidad. Y en ese sentido dirigimos nuevamente nuestra esperanza y nuestra exigencia.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- 1.2. Roberto MANTILLA MOLINA. *Derecho Mercantil*. Ed. Porrúa. No. 29.
- 1.4. Miguel VILLORO TORANZO. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa, División Jurídica de las Especies de Justicia.
- 1.5.A. Joaquín GARRIGUEZ. *Hacia un Nuevo Derecho Mercantil. La Crisis del Derecho Mercantil Contemporáneo*. Editorial Tecnos. Pág. 211.
- 1.5.B. Diario Oficial de la Federación de 6 de Febrero de 1976.
- 1.7. Ver 1.5 y “Reto sin Respuesta” misma obra, pág. 257. Ver. 1.16.
- 1.9. Néstor DE BUEN. *La Decadencia del Contrato*. Textos Universitarios. Págs. 216 y Sig.
- 1.10. Ver. 1.9. Pág. 225.
- 1.11. Manuel HERRERA y LASSO. *Estudios de Derecho Constitucional*. Alegato sobre la Libertad Religiosa. Pág. 143.
- 1.12. Ver 1.5.A.
- 1.13. Igual al anterior.
- 1.16. Eduardo NOVOA MONREAL, *El Derecho como obstáculo al cambio social*. Siglo XXI. Pág. 105.
- 1.17. Ver 1.16 y 1.18.
- 1.18. *Reflexiones sobre el Derecho Económico*. Juan MARIO VACCHINO y César PÉREZ PESADO. Revista Comercio Exterior. Mayo 1974.
- 1.18.2. Informes Presidenciales 1o. Septiembre 1975/1o. Septiembre 1976.
- 1.18.5. Roberto GUAJARDO SUÁREZ. *Disyuntiva Empresarial: Suicidio o Renovación*. Revista de Revistas. 14 de Nov. 1973.
- 1.18.6. Acciones de la Sría. del Patrimonio Nacional. 1976.
- 1.19.A. Igual a la anterior.
- 1.19.B. *La Planificación Social y Económica de México*. Varios Autores, Ed. Siglo XXI.
- 1.20. A. SERRA ROJAS. Editorial Porrúa, Pág. 162.
- 1.21. Igual al anterior. Pág. 197.

- 2.1. Ver 1.20/
Jurisprudencia No. 22, Boletín Año II. Octubre 1945. Tribunales de Circuito. Pág. 67.
- 2.4.A. Ver las tesis de MERKL y HAVROU citadas por CARRILLO FLORES Nota 2.9 y por Andrés SERRA (Pág. 203). Nota 1.20.
- 2.4.B. J. FANCISCO LINARES. *Poder Discrecional Administrativo*. Ed. Abeledo-Perrot. Pág. 18.
- 2.5. Ver 2.4.B/2.1.
- 2.6. Ver 2.1.
- 2.7.A. Gabino FRAGA. *Derecho Administrativo. Las Facultades Discrecionales*. Ed. Porrúa. Esta definición es de BONECASSE. Ver también Nota 2.1.
- 2.7.B. Ver 2.4. Pág. 201.
- 2.9. Antonio CARRILLO F. *La Justicia Federal y la Administración Pública*. Ed. Porrúa. Pág. 69.
- 2.10. La Constitución Mexicana ha creado un Poder Ejecutivo Fuerte y su dinámica interna tiende más que a una División Estricta de Poderes, a una colaboración y complementación. Ver Nota 3.3. y Daniel MORENO. Panorama del Derecho en México. UNAM. Derecho Constitucional.
- 2.11.A. Ver 2.9. Pág. 73.
- 2.11.B. Ver 2.4. Pág. 213.
- 2.12.1.A. La Suprema Corte admite la Censura al uso indebido de la facultad discrecional, recientemente. Ver 2.4.A. Se ha definido incluso que es la Facultad Discrecional.
- 2.12.1.B. Ver siguiente.
- 2.12.2. "Facultad Discrecional en Materia Administrativa", Suprema Corte, tomo 84, pág. 277. Citado por A. SERRA ROJAS. Ver 1.20 — Pág. 208. "La Facultad Discrecional se estima *Constitucional* cuando se subordina a la regla del Artículo 16".
- 2.12.3. Sem. Jud. Tomo 73, Pág. 5222.
—9/955 (Pisos de Madera Alfer, S. A.) Sala Aux. Informe 19557. Pág. 63. Ver Nota siguiente.
- 2.12.4.A. Jurisprudencia 2a. Sala. Informe 1959. Pág. 31.
- 2.12.4.B. Ver 2.9.
- 2.13. Jurisprudencia 2a. Sala. Informe 1959. Pág. 31.
- 2.14. Crítica de Ignacio BURGOA a raíz de la Ley de Protección al Consumidor.
- 2.16. *Estudio sobre La Ley de Protección al Consumidor*. Próxima a publicarse en Revista Jurídica — Universidad Iberoamericana.
- 2.19. *Concepto de Orden Público*. Sala Administrativa. Actualización III bajo La Voz Orden Público. Editorial Mayo, 1975.
- 2.21. Ver 1.16.
- 3.2. GONZÁLEZ CASANOVA Pablo. *La Democracia en México*. Editorial Era. Pág. 21.
- 3.3. Daniel COSSÍO VILLEGAS. *El Sistema Político Mexicano*. Ed. Joaquín Mortiz. Pág. 22.
- 3.4. Ver nota anterior.
- 3.5. Ver Nota 1.18.5.
- 3.6. Octavio PAZ. Post-Data. Editorial Siglo XXI.
- 3.9. Ver el Análisis de este hecho, nota anterior.
- 3.10. Ver Nota 1.18.5.