

El Reglamento de la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera

Raúl MEDINA MORA*

I.- La política mexicana de inversiones extranjeras.

El 16 de mayo de 1989 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.¹

De inmediato hubo conciencia, nacional e internacionalmente, de un cambio mayor, de apertura hacia la inversión extranjera, en la política del gobierno mexicano, fijada por el nuevo presidente. Aunque se manifestaron dudas porque se trataba de un reglamento y no de una reforma a la ley.

La publicación del reglamento, además de interesar en cuanto al sentido y alcance de la apertura, revive cuestiones ya planteadas y suscita otras tanto de técnica jurídica como de constitucionalidad y legalidad de sus disposiciones.

Para orientar la reflexión, conviene hacer referencia a la política de inversiones extranjeras en México:

En la economía internacional la situación de los países industriales o desarrollados y la de los países en vías de desarrollo, como México, es desigual. Baste, como muestra, señalar que en el problema contemporáneo de la deuda externa, convertido en problema político internacional por su magnitud y porque se ha hecho imposible resolverlo por el camino del pago, los países industriales son los acreedores y los países en proceso de desarrollo o marginales, son los deudores. Esto muestra tanto el orden económico internacional como la desigualdad entre los países. Es lógico que unos y otros tengan bienes diferentes que proteger en sus relaciones económicas internacionales y que tengan políticas también diferentes en materia de comercio exterior, de inversiones extranjeras y de transferencia de tecnología. Hay tensiones objetivas que, eventualmente, se desenvuelven en conflictos. Es misión de la política internacional, tanto de los países involucrados como de las organizaciones internacionales, conciliar estas diferencias.

México requiere de una política de inversiones extranjeras y de una legislación que permita su instrumentación, para mantener el dominio de su propio desarrollo y orientar la inversión extranjera a los fines del modelo que desea, a estimular la inversión mexicana, que será el secreto del desarrollo y de la superación de los problemas económicos presentes, a complementarla y estimularla y no a sustituirla; a abrir nuevos campos a la actividad económica, a aplicar

¹ Me referiré a ella como Ley de Inversiones Extranjeras.

Vicepresidente de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados

y transferir tecnología adecuada para la modernización conveniente de su economía. En consecuencia, la política de inversiones extranjeras debe ser necesariamente selectiva.

En cambio, los países industriales, cuyas empresas privadas tienen capacidad de ahorro y de acumulación para generar los capitales que pueden invertirse, no tienen una política de inversiones extranjeras sino una de inversiones en el extranjero. Es fácil percibir cuáles son sus objetivos: lograr que el proceso de acumulación que la actividad económica genera, siga fluyendo hacia ellos. Para ello proporcionarán instrumentos políticos y jurídicos que propicien la máxima apertura de los países en que ha de realizarse la inversión, de manera que las decisiones relativas queden bajo el dominio de los inversionistas, sin restricciones o con las menores posibles, que aseguren el abastecimiento de las materias primas que necesiten, que consigan la reducción de sus costos de producción para hacer más competitivas a sus empresas, mediante el empleo de mano de obra y de otros insumos de menor costo, que aseguren mercados para sus productos y que les permitan intervenir activamente en el sector de los servicios cuya importancia crece en cualquier economía a la par que el desarrollo; y dentro de este sector, dominar la actividad que ha tenido sorprendente desarrollo en los últimos tiempos, al grado de cambiar la fisonomía del mundo económico: el de la economía símbolo: el mundo de las finanzas, de la inversión y de las transferencias con instrumentos monetarios y tipos de cambio, cuyos volumen y velocidad se han extendido y multiplicado gracias a la tecnología moderna de comunicación y de computación.

La Ley de Inversiones Extranjeras de 1973 es el instrumento jurídico para definir y aplicar la política mexicana.

Las características distintivas de la Ley de 1973.

1.- La primera característica es que atribuyó la competencia para regularla a la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, que creó como órgano vinculado con la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, en vez de a la Secretaría de Relaciones Exteriores, que antes la ejercía. Como esta última tiene competencia constitucional para otorgar permisos para la adquisición por extranjeros de bienes raíces y concesiones de explotación de minas y aguas y, sobre todo, para celebrar con ellos el convenio de renuncia a la protección diplomática conocido como "Cláusula Calvo", hubo un terreno de convergencia y de conflicto potencial en la actuación de ambas secretarías.²

2.- Existía antes el sector nacionalizado de la economía así como los campos de mexicanización y de mayoría calificada. La exigencia de mayoría mexicana en el capital de las empresas se daba solamente en unas cuantas áreas de la actividad económica.

La principal novedad que introdujo la ley fue ampliar el campo de la regulación de la inversión extranjera a todos los sectores de la economía, mediante la

2 V. Raúl Medina Mora-Competencia de las Secretarías de Estado en Materia de Inversiones Extranjeras. EL FORO. 8a. época. Tomo I, número 3.

adopción de la regla general, que constituye su característica distintiva, de prevenir mayoría mexicana de al menos el 51% en el capital y en la administración de las empresas, cuando no haya disposición legal expresa que restrinja la inversión o exija mayoría mexicana calificada.

La regla general admitió la posibilidad de que, en casos específicos y mediante autorización, la inversión extranjera pudiera ser mayor y llegar, inclusive, al 100% del capital.

La aplicación de estas normas fue encomendada a la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, creada por la ley como órgano de la administración pública, de composición intersecretarial. En el ejercicio de sus funciones la ley le otorgó, con amplitud, facultades discrecionales y le señaló los criterios conforme a los que debía resolver. La comisión actúa mediante resoluciones generales y resoluciones específicas y tiene un secretario ejecutivo, nombrado por el presidente de la República.

La ley contiene los elementos permanentes de la política. Las resoluciones generales expresan en forma complementaria la política mexicana ante las condiciones que prevalecen, inclusive las presiones de la negociación internacional. Hay, pues, regulación general que comprende a toda la actividad económica, pero también flexibilidad. La política de inversiones extranjeras puede así cambiarse conforme a las necesidades del tiempo, sin necesidad de reformar la ley.

La situación en 1973, cuando se promulgó la ley, era muy diferente a la actual. Entonces, una parte de la inversión extranjera nueva se orientaba a la compra de empresas manufactureras.

Dicha inversión había tenido una evolución histórica interesante: desde la efectuada en petróleo y minería, en la generación y distribución de energía eléctrica y en vías de comunicación, el manejo del comercio internacional de diversas mercaderías, la producción de materias primas industriales, la industria del acero y la industria química, hasta llegar a la industria manufacturera. Se dio este fenómeno que llegó a ser alarmante. Esta, en principio, no era la buena inversión: no adicionaba sino sustituía, creaba relativamente pocos empleos y desplazaba capital mexicano que en buena parte no se destinaba a nuevas inversiones. La promulgación de la ley, aparte de sus fines de regulación, puso fin a esta tendencia

Los cambios en la situación económica.

A fines de 1988 había ya en la realidad económica mexicana condiciones nuevas que permitían prever un cambio en la política de inversiones extranjeras. Podrían resumirse así:

- 1.- México sufría una larga crisis económica con inflación y estancamiento. El auge petrolero había roto el equilibrio anterior e hizo al país dependiente de este producto en el comercio exterior. Como siempre, hubo el deterioro de los precios, lo que precipitó la crisis. La política de desarrollo acelerado, iniciada desde antes pero estimulada por el auge petrolero, nos dejó una deuda externa imposible de pagar.

LEGISLACION

2.- A fines de 1988 se hacían ya presentes las consecuencias de la decisión de adherirse al GATT y del cambio consiguiente en la política de comercio exterior y de desarrollo industrial, ya no con mercado protegido sino en intercambio internacional, de manera que los productos mexicanos compitan en calidad y precio con los de otros países. Esto ha requerido un cambio en la visión, en el planteamiento de los objetivos y en los métodos y estrategias de las empresas mexicanas y, sobre todo, del intercambio internacional. Exportar implica importar, invertir implica intercambio de capitales y de servicios, flujo de tecnología, división del trabajo a nivel internacional, participación e integración en los mercados mundiales que se influyen recíprocamente cada vez con mayor intensidad.

El sector desarrollado de la economía mexicana requiere modernizarse, tecnología actualizada, convertir su planta y equipos para ajustarlos a las nuevas exigencias. El sector marginal merece su incorporación al mercado nacional mediante un formidable esfuerzo de educación y de inversiones de infraestructura. Se plantea la cuestión de cómo hacer que la inversión extranjera colabore en estos propósitos.

3.- El desarrollo científico y tecnológico ha generado la multiplicación de las relaciones económicas entre los países, cada vez más interdependientes, y por lo mismo ha apresurado la tendencia a la globalización de la economía mundial. No sólo hay mayor flujo internacional de mercaderías, sino de servicios, de capitales, de tecnología. La inversión extranjera adquiere nuevas dimensiones.

4.- En el desarrollo económico general, el sector servicios se desenvuelve con mayor rapidez, lo que se manifiesta en las relaciones económicas internacionales. En su evolución, los objetivos del GATT se orientan a la liberalización de los mercados internacionales de servicios. Este es el tema de la presente Ronda Uruguay de negociaciones dentro del convenio general. Es también objeto de la presión de los países desarrollados en sus negociaciones internacionales. Buscan la apertura total a la inversión extranjera, libertad para sus instituciones financieras, la máxima e indiscutida protección a los privilegios industriales, contenido de la llamada propiedad intelectual: patentes, marcas, experiencia técnica.

5.- Incide también en la política de inversiones extranjeras el esfuerzo por superar el grave problema de la deuda externa de México que absorbe para su servicio excesivos recursos nacionales y que es causa principal del estancamiento económico. El servicio de la deuda ha impedido que el gobierno invierta en obras de infraestructura necesarias que estimulen la inversión, el verdadero remedio contra la inflación: el que permita mejorar el nivel de vida y la capacidad de ahorro del pueblo, lo que dará solidez al mercado interno y, a su vez, estímulo para la inversión. La negociación de la deuda, en la etapa recién concluida, abrió una puerta a la esperanza, si bien no dejó satisfechos a todos. Política y económicamente la negociación de la deuda tiene relación directa con la política de inversiones extranjeras.

6.- Tiene también efecto la acción que se propone controlar la inflación, así como la que instrumenta la decisión de volver al crecimiento económico: ambas requieren que se reanude en serio la inversión.

7.- Finalmente, actúan la presión diplomática y el peso del poder político y

económico de los Estados Unidos.

Todos estos factores influyen en la evolución de la política mexicana en la materia. La primera resolución general fue la que autorizó la inversión extranjera hasta del 100% en las empresas maquiladoras de exportación. Los subsecuentes regularon la inversión. Ya en la Reagrupación de las Resoluciones Generales, publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto de 1984, se advierten tanto el cambio en la situación económica como la experiencia adquirida por la comisión. La tendencia hacia la apertura y la simplificación de procedimientos es más marcada en la nueva resolución general (que llamaré sistemática) publicada el 28 de febrero de 1988, que sustituyó a las anteriores.

II.- Las tendencias en el nuevo reglamento.

1.- Expresa la aceleración de la tendencia de apertura a la inversión extranjera y a la simplificación de procedimientos. Algunas disposiciones podrían considerarse como reformatorias del marco jurídico, lo que excede a los fines de un reglamento.

2.- Reduce el campo de aplicación de las facultades discrecionales de la comisión.

3.- Tiende a comprender en su totalidad la materia de inversiones extranjeras. La competencia constitucional y legal que en ella tienen dos secretarías de Estado: la de Comercio y Fomento Industrial en todos los aspectos y la de Relaciones Exteriores por lo que hace a la inversión en la propiedad territorial e inmueble, da lugar a dos problemáticas diferentes y, eventualmente, a conflictos. El reglamento lo comprende todo.

No es sólo reglamento de la Ley de Inversiones Extranjeras. También lo es de la Ley Orgánica de la fracción I del artículo 27 constitucional, y expresamente abroga el reglamento de esa ley publicado el 29 de agosto de 1926.

De ahí la diversidad de su contenido: comprende materias propias de las resoluciones generales, a las que abroga; otras que son propias de un reglamento, como la relativa al registro y a los trámites; otra más que amplían las cláusulas de extranjería prevista en la Ley Orgánica de la fracción I del artículo 27 de la Constitución y en su reglamento, y finalmente modifica prácticas burocráticas en cuanto al contenido y necesidad de permisos de la Secretaría de Relaciones Exteriores, que no se fundaban en ley.

4.- Amplifica la posición de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, como la entidad del sector centralizado que tiene la competencia en materia de inversiones extranjeras, en detrimento de las facultades de la Comisión Nacional y con olvido de la intervención de otras Secretarías que la ley previene. Lo consigue mediante el refuerzo del régimen de autorizaciones que, conforme al reglamento, maneja esa secretaría.

5.- Expresa, según puede inferirse, la transacción entre las dos secretarías de Estado y la intervención de una voluntad política reformatora del presidente de la República, evidentemente interesado en dar solución rápida al cambio deseado.

III. La relación entre el reglamento y las resoluciones generales de la comisión.

La primera cuestión que surge al considerar el reglamento es por qué se utilizó este medio para instrumentar el cambio en la política y no el que la misma ley previene: las resoluciones generales de la comisión. Conviene analizar la relación entre reglamento y resolución general.

El reglamento

El reglamento tiene jerarquía superior a las resoluciones generales. El artículo 12, fracción VI de la ley, que funda las resoluciones generales, atribuye a la comisión “establecer los criterios y requisitos para la aplicación de las disposiciones legales y *reglamentarias* sobre inversiones extranjeras.”

Pero, ¿son de la misma naturaleza y sólo de diferente jerarquía? El reglamento así lo entiende, ya que abroga la resolución general sistemática.

El reglamento es formalmente un acto administrativo y materialmente una norma de derecho. Se expide en ejercicio de una facultad que el artículo 89, fracción I de la Constitución atribuye al presidente de la República:

“Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.”

Según Tena Ramírez,³ todas las constituciones que precedieron a la de 57 consignaron expresamente la facultad del jefe del Ejecutivo para expedir reglamentos. Esta última suprimió la fórmula. Pero, puesto que los reglamentos necesitan existir y que la Constitución los propone, los intérpretes han hallado en la fracción I del 89 su único fundamento posible. La facultad reglamentaria, añade,⁴ es creación de la jurisprudencia que la justifica “al grado de que ya nadie la discute”.

En cambio, para Gabino Fraga,⁵ la facultad reglamentaria debe fundarse en la Constitución y se funda en la fracción I del artículo 89. En lo que coincide la doctrina es en que el reglamento que formalmente es un acto administrativo, desde el punto de vista material es un acto legislativo que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas generales.”

La jurisprudencia de la Suprema Corte (Tesis 404, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1985, Segunda Sala, p. 709), dice que “El reglamento se distingue de la ley por dos características: sólo puede emanar del presidente y es una norma subalterna que tiene su medida y justificación en la ley. Pero aun en su carácter abstracto se separa por las finalidades del reglamento. Este determina los medios que deberán emplearse para la aplicación de la ley a los casos concretos”. Concluye Tena que el reglamento se circunscribe a la zona de ejecución.

³ Derecho Constitucional, 19a. edición, Editorial Porrúa. México, 1987, No. 147, pp. 458 y sigs.

⁴ Op. cit., p. 461.

Sea o no creación jurisprudencial, en realidad parece que tanto la facultad reglamentaria como sus límites derivan lógicamente del texto de la fracción I del artículo 89 constitucional.

Proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de las leyes es ejecutarlas, lo que compete al Poder Ejecutivo. La observancia de la ley no obliga sólo a la administración pública sino a los gobernados. Por eso la manera básica de proveer a su observancia es por un medio general y abstracto, es decir, materialmente, por medio de una norma de derecho: la reglamentaria.

Puesto que provee a la observancia de las leyes, la facultad reglamentaria les está subordinada. De las preguntas clásicas por las que se analiza un hecho o una institución —qué, quién, dónde, cuándo, cómo—, todas competen a la ley. El reglamento está en la zona del cómo. El cómo puede referirse a las otras preguntas pero sólo a las contestadas ya por la ley. El reglamento desenvuelve sus disposiciones: no puede ir más allá, ni extenderlas a otras hipótesis, ni contradecirlas, sino indicar los medios para su observancia. No es instrumento para llenar lagunas ni para reformar la ley.

Por otro lado, este proveer se realiza en “la esfera administrativa”; ¿qué quiere decir esto? A mi juicio quiere decir que la facultad reglamentaria se realiza precisamente en la esfera de las atribuciones del poder administrativo o ejecutivo. Este poder actúa por facultades explícitas o implícitas que se precisan en la ley o de ella derivan: y es en esta zona donde pueden y deben expedirse reglamentos que provean a la exacta observancia de aquella y que son obligatorios para todos. Pero aquí también están los límites de la facultad reglamentaria. No existe para expedir reglamentos fuera de la esfera administrativa. Por ejemplo del Código de Comercio, salvo del Registro Público del Comercio y de los actos mercantiles registrables, pues organizarlo y llevarlo son atribuciones del Poder Ejecutivo. E igualmente en todas las áreas en que, por ley, este poder interviene.

Otra característica del reglamento que Tena menciona⁶ es que constituye una excepción al principio de división de poderes. La excepción se estableció por la Constitución en favor exclusivamente del presidente de la República, nunca de los secretarios de Estado ni de ningún otro órgano dependiente del Ejecutivo. Una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia recoge estas ideas⁷ y añade que “ni siquiera la misma ley puede delegar en nadie la facultad reglamentaria que corresponde al presidente, pues en tal caso la ley usurpará el lugar de la Constitución al ampliar la excepción a casos no señalados en aquella.”

El Reglamento de la Ley de Inversiones Extranjeras se enfrenta a dos cuestionamientos por cuanto a su contenido:

1.- En relación con la ley, ya que no puede ir más allá ni en contra de ella, ni desenvolver principios que no se contienen en sus disposiciones.

2.- En relación con las resoluciones generales que dicte la Comisión Nacional según lo que previene la ley.

El primer aspecto, el de la legalidad, lo comentaré al entrar al análisis de sus

⁶Op. cit., p. 462

principales disposiciones. Para abordar el segundo, analizaré la naturaleza de las resoluciones generales.

Las Resoluciones Generales.

La primera cuestión en relación con ellas es su constitucionalidad. Puede plantearse de la siguiente manera: la resolución general contiene disposiciones de carácter general semejantes en su expresión a normas jurídicas. Ahora bien:

a) La facultad de elaborar las leyes es exclusiva del Congreso de la Unión, con dos únicas excepciones expresamente previstas en la Constitución, que tiene el Ejecutivo: conforme al artículo 131, para crear, reformar y suprimir los aranceles al comercio exterior, y al artículo 29, en los casos de suspensión de las garantías constitucionales.

b) La facultad reglamentaria, también normativa, compete al presidente de la República y su naturaleza quedó ya analizada.

Será inconstitucional el acto administrativo consistente en disposiciones de carácter general si éstas son auténticas normas y que, sin estar dictadas por el presidente, invaden la esfera de la facultad reglamentaria, cuando no, inclusive, reforman disposiciones de la ley misma. Esto es cierto, aun cuando las disposiciones de carácter general que deba dictar una secretaría de Estado o cualquier otra dependencia del Ejecutivo estén previstas en ley.

Cuando se publicó la Ley de Inversiones Extranjeras, llegó a considerarse que la facultad de la comisión para establecer los criterios y requisitos para la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, era anticonstitucional "a pesar de que los criterios y requisitos emitidos no excedan ni contradigan las disposiciones de la ley",⁸ porque se trata del ejercicio de la facultad reglamentaria.

Las facultades que la ley atribuye a la comisión y con base en las que ha expedido sus resoluciones generales son las contenidas en los artículos 12 y 13: el artículo 12 enumera las atribuciones. Sus fracciones I a IV inclusive se refieren a las resoluciones sobre los casos de inversión extranjera. Las fracciones V, VII y VIII le atribuyen funciones administrativas, que no son elementos para el tema.

La atribución original es la que le otorga la fracción VI, en la que básicamente se fundan las resoluciones generales, pues consiste en:

"VI.- Establecer los criterios y requisitos para la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias sobre inversiones extranjeras."

El artículo 13 fija los criterios que la comisión debe seguir en el ejercicio de sus facultades discrecionales.

Los actos administrativos contenidos en las resoluciones generales son de diversa naturaleza pero tienen una característica común: no se trata de actos

⁸ Gómez Palacio, Ignacio, "Inversión Extranjera Directa" Editorial Porrúa, S.A. México, 1985. p. 178.

específicos de resolución referentes a casos concretos, sino de disposiciones generales aplicables a todos los similares.

Dichos actos son tanto reglados como discrecionales. Debido a la amplitud con que se dan en la ley facultades discrecionales, las resoluciones generales contienen las políticas que la administración aplicará en el ejercicio de sus facultades para resolver los casos concretos.

El criterio general con el que la comisión debe resolver, en uso de sus facultades discrecionales, es que la inversión extranjera que se acepte sea, a su juicio, conveniente para la economía del país y que sea complementaria, es decir, que no desplace a la nacional. Como las facultades discrecionales están sometidas siempre a la garantía de legalidad y son cosa muy distinta a lo arbitrario, deben no sólo estar previstas expresamente por la ley sino ejercitarse en el sentido del mejor cumplimiento del fin de la ley y fundarse debidamente. Los requisitos que tales facultades deben cumplir están analizados en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y en la doctrina. Pero es criticable el exceso de discrecionalidad que afecta a la seguridad de las relaciones jurídicas.⁹

Dentro de las clasificaciones de los actos administrativos que hace don Gabino Fraga, se encuentra el criterio de su radio de acción, por el que se clasifican en actos internos y actos externos “según que sólo produzcan sus efectos en el seno de la organización administrativa o trasciendan fuera de ella”.¹⁰

Por ejemplo, son actos internos las circulares ya que por su medio las autoridades superiores ilustran a las inferiores en la aplicación o en la interpretación de la ley. No obligan, en cambio, a los particulares. Estos pueden aprovecharlas y conocer los criterios de la autoridad, pero pueden oponerse si les perjudican. Entre los actos externos se encuentran los “tendientes a ordenar y controlar la acción de los particulares”. Puede afirmarse que las resoluciones generales son tanto actos internos como externos, ya que se emiten precisamente para fomentar la inversión nacional y regular la inversión extranjera.

Volvamos a nuestro punto de partida: ¿puede la comisión emitir criterios y fijar requisitos de aplicación de las normas aplicables, que sean obligatorios no sólo para los órganos y agentes del gobierno, sino también para los particulares?

Los criterios generales que la resolución contiene pueden clasificarse dentro de los que la doctrina francesa, tan rica en materia administrativa, llama “directivas administrativas”, con que el superior instruye al inferior en cómo debe actuar para resolver las cuestiones que se le encomiendan.

Pero la directiva administrativa ha rebasado este concepto en la elaboración, por la doctrina, de la jurisprudencia del Consejo de Estado a partir de la decisión *Credit Foncier de France*, (1970) que las analizó en función de las facultades discrecionales que la ley otorga a la administración. La directiva “constituye un acto emitido por una autoridad administrativa y está destinado a establecer una línea de conducta tanto en el ejercicio de su propio poder discrecional como en

⁹ v. Raúl Medina Mora, “Competencia de las Secretarías de Estado”, loc. cit.

¹⁰ Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. Vigésima edición. Editorial Porrúa, S.A. México, No.

el ejercicio del que tiene un órgano que le es subordinado.”¹¹

Con independencia de la evolución que haya podido tener en la vida jurídica francesa, este concepto de la directiva administrativa¹² queda el análisis de los dos pasos en el ejercicio de las facultades discrecionales por parte de la autoridad administrativa que, a mi juicio, explica la naturaleza y el alcance de las resoluciones generales y de las resoluciones específicas que la Ley de Inversiones Extranjeras establece como facultades atribuidas a la comisión.

Lo que es interesante para entender nuestro derecho es que la directiva es así un procedimiento por el cual la autoridad limita su propio poder discrecional, ya que de hecho escoge una o varias y elimina las demás opciones que tiene para resolver. *Su naturaleza es, pues, preparatoria de las resoluciones específicas* que habrán de dictarse en los casos concretos. Estos pueden favorecer pero también pueden perjudicar a los particulares, quienes tienen el derecho de aprovechar los actos administrativos y de oponerse a su ejecución si les perjudican. No puede afirmarse que tales directivas sean obligatorias para los particulares en el mismo sentido en que lo son las leyes o los reglamentos independientemente de que contra ellos pueden oponerse mediante el juicio de amparo si como tales violan garantías individuales o invaden esferas que no les corresponden en un estado federal. La directiva no impone conductas obligatorias, sino que establece condiciones y requisitos e indica el sentido en que habrán de resolverse los casos específicos. Con este criterio, podemos resolver que las resoluciones generales son medios válidos que en ejercicio de sus facultades discrecionales puede dictar la comisión, con base en la ley y en el reglamento. Estas resoluciones tienen carácter de generalidad pues se aplicarán a todos los negocios que se sitúen dentro de la misma hipótesis. Se dan a conocer a los interesados mediante su publicación en el Diario Oficial de la Federación para que se enteren y estén en la posibilidad de cumplir con los requisitos y condiciones que la resolución general señala o bien de oponerse a ellas por las vías legales aptas.

No se trata, pues, de medidas reglamentarias para proveer a la exacta observancia de la ley sino de actos administrativos generales en ejercicio de atribuciones para resolver solicitudes. Se aplica la ley por cuanto en los casos de facultades discrecionales se requiere al menos de dos actos: la norma y el acto administrativo por el que la autoridad decide dentro de las varias posibilidades que la ley le permite. Nada impide que la autoridad indique de antemano, mediante una resolución general, cómo resolverá las solicitudes concretas. Por ejemplo, la ley permite que la comisión autorice en algunos casos hasta el 100% de inversión extranjera. Por medio de una resolución general la comisión resolvió que en los casos de la industria maquiladora de exportación —que reúna los requisitos previstos— se autorice automáticamente hasta dicho 100%.

En conclusión, las resoluciones generales y el reglamento no son material-

¹¹ Pavlopoulos, Procopios. *La Directive en Droit Administratif*. Librairie Générale de Droit Jurisprudence. París, 1978.

¹² MOKLE, Daniel. *Recherches sur les Pratiques Administratives Pararéglémentaires*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1984. pp. 81 sigs. y 377 y sigs.

mente de la misma naturaleza, aunque de diferente jerarquía, como sí lo son el reglamento y la ley. La consecuencia es que el reglamento no puede abrogar ni derogar las resoluciones expedidas en aplicación de la ley, sólo aquellas que se hubieran dictado en aplicación de normas reglamentarias.

Otra cuestión es que si la comisión es una entidad del sector público estatal y, en consecuencia, está sujeta a la autoridad directa del presidente de la República, ¿no puede acaso éste tomar las decisiones que la ley encomienda a la comisión?

El presidente, en ejercicio de su autoridad, puede ordenar a los miembros de la comisión y a esta misma que resuelvan como él les indica (lo que será válido siempre que la decisión sea conforme a la ley). Pero será la comisión la que resuelva y no el presidente y menos en ejercicio de su facultad reglamentaria. El presidente está vinculado por la ley en su actuación y éste precisamente es el camino que la ley señala.

En conclusión: el reglamento provee a la observancia de la ley. Pero no es el instrumento para el ejercicio de las facultades discrecionales por medio de las cuales se adapta la política en esta materia a las nuevas realidades y necesidades, sin necesidad de reformar la ley. Tales facultades son atribuidas por ella a la autoridad administrativa, en el caso, la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, sin que esto afecte, como dije antes, la autoridad del presidente de la República.

No obstante, el reglamento, en su exposición de motivos, se considera a sí mismo como el medio adecuado para instrumentar el cambio en la política de inversiones extranjeras. En acto, a mi parecer sin precedente, el penúltimo párrafo de su exposición de motivos invoca como fundamento de esta concepción a la exposición de motivos de la ley misma que no es parte de ésta ni es obligatoria, ni siquiera oficialmente publicada sino sólo explicativa de la intención del autor de la iniciativa de ley:

“Que la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera establece la base de un régimen jurídico subsidiario y señala, en la exposición de motivos de su iniciativa, que la regulación de las inversiones extranjeras tiene, por necesidad, un carácter evolutivo y que puede ser precisado por la vía reglamentaria”¹³

La concepción de que el régimen de la Ley de Inversiones Extranjeras es un

¹³ Ignacio Gómez Palacio protesta por la expresión “régimen jurídico subsidiario”, que, dice, no es de fácil comprensión y añade que “el diccionario de la Lengua Española señala que por “subsidiario” debe entenderse “lo que se da o se manda en socorro o subsidio de otro”. Concluye que el socorro o subsidio se refiere a aspectos relacionados con la economía del país. “Ley de Inversiones Extranjeras y su Reglamento Comentados”, Editorial Themis 1989, p. 144-145.

En realidad, “subsidiario” y “subsidiariedad” son términos usados principalmente por la doctrina social católica. Implican la obligación del superior de apoyar a sus inferiores en su acción y en su desarrollo, por lo que no debe actuar en sustitución de ellos. En cuanto a la intervención del Estado en la economía, ésta se debe realizar subsidiariamente, es decir, en ausencia de una iniciativa o de una intervención de los grupos sociales.

“régimen jurídico subsidiario” no es correcta. Las disposiciones no se aplican subsidiaria ni supletoriamente. Se aplican ya sea imperativamente, ya sea como regla general. Probablemente la exposición de motivos quiso referirse a este hecho. Una regla general puede ser válidamente modificada por una disposición especial pero no es subsidiaria sino que requiere, en el sistema de la Ley, de una autorización expresa que permita no aplicar la regla general.

Por lo demás la cita es incorrecta, pues lo que dice la exposición de motivos de la ley es otra cosa:

“Se considera que la norma general debe ser la de que la inversión extranjera no participe en más de un 49% en el capital de las empresas establecidas en México; pero las condiciones cambiantes de la economía y las necesidades del país pueden hacer modificar este porcentaje en ciertas áreas geográficas o de actividad económica. La Comisión General de Inversiones Extranjeras, organismo del más alto nivel, quedará facultada para resolver sobre estos casos de excepción, fijando reglas generales o examinando casos concretos cuando éstos justifiquen un tratamiento especial”.

Y añade en otro párrafo:

“La regulación de las inversiones extranjeras tiene, por necesidad, un carácter evolutivo. Un mejor conocimiento de la estructura y comportamiento del capital foráneo, estudios más profundos sobre su participación en las distintas áreas de la actividad económica, permitirán, *por los procedimientos previstos en esta ley*, expedir las disposiciones complementarias que se consideren convenientes.”

Los procedimientos previstos en la ley son las resoluciones generales de la comisión. La concepción del reglamento es una parte de su contenido, de que sustituye a las resoluciones en la adecuación de la política de inversiones extranjeras por la determinación de los múltiples casos en que no se aplica la regla general, no tiene, pues, fundamento,

IV.- Los actos jurídicos por los que se realiza la inversión.

Es necesario, para analizar el nuevo reglamento, considerar los actos jurídicos por los que extranjeros invierten. Tales actos revisten, de acuerdo con la ley, (artículo 2, último párrafo) tres formas generales y cada una de ellas tiene, a su vez, diversas modalidades:

1. La que se realice en el capital de las empresas.

Tiene las siguientes modalidades: 1) la inversión nueva en el capital de empresas mexicanas al constituirse éstas, 2) la adquisición, por cualquier título, de capital de empresas mexicanas ya establecidas o el incremento de su participación en dicho capital, 3) la suscripción de aumentos de capital de las empresas en que participa o en que participará por tal causa.

2. La que se realice en la adquisición de los bienes a que la ley se refiere:

Son sus modalidades: 1) la adquisición de bienes muebles e inmuebles, dentro de las limitaciones legales para la adquisición de inmuebles por parte de extranjeros; 2) la adquisición o el arrendamiento (que la ley equipara a la adquisición) de activos fijos o de los activos esenciales para la explotación de empresas.

3. La que se efectúe en las operaciones que la ley menciona:

1) la inversión en nuevos establecimientos de las empresas en que interviene, 2) la participación de la inversión ya existente en México en nuevos campos de actividad económica o en nuevas líneas de productos, y 3) los actos por los que la administración de una empresa recae en inversionistas extranjeros o por los que éstos tengan la facultad de determinar el manejo de la empresa.

Junto a estas formas de inversión debemos considerar la realizada en toda clase de empresas antes de la vigencia de la ley y a la que ésta no toca pero que, en los aspectos relativos a su relocalización, a la expansión de sus actividades y a su diversificación, queda sujeta a sus disposiciones.

V. El contenido innovador del reglamento en la apertura a la inversión extranjera.

1.- El cambio en la regla general.

La innovación más importante es en la regla general de mayoría mexicana, prevista en el artículo 5o. de la ley.

La Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras podrá resolver sobre el aumento o la disminución del porcentaje de inversión extranjera, cuando a su juicio sea conveniente para la economía del país.

El reglamento dispone en el párrafo introductorio de su artículo 5o. que:

“Para los efectos de lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 5o. de la ley, (la regla general) los inversionistas extranjeros podrán participar en cualquier proporción en el capital social de empresas, en el acto de su constitución, para realizar aquellas actividades no incluidas en la “clasificación” sin que para tal efecto requieran autorización de la Secretaría.”

A continuación, el artículo enumera las condiciones que deben cumplir los inversionistas extranjeros que deseen acogerse a esta libertad de inversión hasta del 100% en el capital de las sociedades que se constituyan.

La clasificación, que define la fracción VIII del artículo 1o. del reglamento, es la elaborada por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, y es parte del reglamento.

El reglamento modifica el régimen general de la ley pues éste se aplica sólo a las actividades comprendidas en la clasificación.

El reglamento dice que no se necesita autorización. Si en cambio hubiera autorizado en forma general a los inversionistas extranjeros para realizar dichas inversiones sería similar a lo resuelto por la comisión en forma general en materia de empresas maquiladoras de exportación. Nada impediría que una resolución general tuviera el mismo contenido.

2.- La inversión libre en las empresas de exportación.

Complemento de la apertura es la disposición del artículo 6o., que incorpora al régimen de inversión libre de que disfrutaban las empresas maquiladoras a otras actividades industriales y comerciales para exportación, de conformidad con las disposiciones administrativas que establezcan reglas especiales para su operación. Habrá que esperar a que estas reglas especiales se publiquen, pero es de suponerse que serán similares a las que rigen a las maquiladoras, es decir, con autorizaciones específicas, aprobación de programas y cumplimiento de condiciones que las hagan efectivamente generadoras de divisas para la balanza de pagos. La necesidad de un artículo específico, es porque estas actividades de exportación podrán tener por materia, como es el caso de muchas maquiladoras, actividades comprendidas dentro de la clasificación.

3.- Elevación del porcentaje de inversión libre en empresas constituidas.

Otra manifestación de la nueva política es lo dispuesto en el artículo 7o., que modifica lo preceptuado por el artículo 8o. de la ley. Este requiere la autorización de la secretaría que corresponda para que inversionistas extranjeros adquieran más del 25% del capital o más del 49% de los activos fijos de una empresa, y equípala a la adquisición de activos el arrendamiento de una empresa o de los activos esenciales para su explotación. El reglamento amplía la regla general, aplicable a la inversión en empresas ya establecidas, a que sólo requiera autorización la inversión que exceda del 49% del capital de las mismas. En la ley se trataba de evitar justamente la venta de empresas mexicanas establecidas al capital extranjero y sólo fomentar o autorizar la inversión nueva, por lo que, adquirir más del 25% requeriría de autorización. En el régimen de la ley nada impediría que una resolución general autorizase esta libertad ampliada de inversión extranjera en empresas establecidas.

4.- El criterio para computar la inversión extranjera.

La comisión, en sus resoluciones generales, había sostenido el criterio de que para computar la inversión extranjera en una empresa determinada, si entre sus accionistas había otra con inversión extranjera en cualquier proporción, ésta debería añadirse proporcionalmente al total, aun cuando la empresa accionista, por tener inversión extranjera minoritaria, no se consideraba por el artículo 1o. de la ley como inversionista extranjero. Con este criterio pretendía manejarse la llamada *piramidación de sociedades*, que era lícita, salvo en el caso de sociedades propietarias de bienes raíces en la zona prohibida pues, en este caso, la restricción no se refiere a los inversionistas extranjeros sino simplemente a los extranjeros. El criterio, a mi juicio ilegal, ha sido cancelado pues el reglamento no lo menciona. Sólo el artículo 11, cuando habla del cómputo de la inversión extranjera en fideicomisos, toma en cuenta todas las adquisiciones hechas por "inversionistas extranjeros", ya sea por operaciones directas o mediante fideicomisos.

5.- Inversión extranjera en nuevos establecimientos, nuevos campos y nuevos productos.

El reglamento (art. 11, fracción XVI) conserva la definición de establecimien-

to contenida en la Resolución General Sistemática. Pero elimina el segundo párrafo de la misma que consideraba también nuevo todo establecimiento abierto y en operación en el que los inversionistas extranjeros pretendan realizar actividades distintas a las que efectivamente realicen en el mismo, aun cuando las realicen en otros establecimientos. Esta adición era restrictiva y tenía, evidentemente, un propósito de control. Su eliminación es congruente con la apertura.

La nota distintiva del establecimiento en el reglamento es el local en que se realizan las actividades en vez de la unidad técnica, lo que antes daba lugar a una clasificación excesiva y prolija de los establecimientos. El reglamento simplifica esta clasificación limitándola a establecimientos industriales, comerciales y de prestación de servicios. Todos los demás que enumeraba la sección IX no eran sino unidades técnicamente integradas en la actividad de éstos.

El reglamento, en su artículo 28, señala los casos en que no se requiere la autorización de la secretaría para abrir y operar nuevos establecimientos y las condiciones que deben cumplir y que respondan a los propósitos de aumento de la inversión y de equilibrio en la balanza de pagos.

Con respecto a la relocalización de establecimientos, el reglamento elimina el requisito de la autorización, siempre que la misma no se lleve a cabo dentro o hacia las zonas de mayor concentración comercial o industrial definidas por disposiciones administrativas. En esta materia, el artículo 29 realiza una simplificación notoria frente al régimen anterior, pues señala los casos en que no se requerirá autorización de la secretaría, con los mismos criterios antes dichos, por lo que todos los demás sí están sujetos a este requisito. Puesto que éste no está condicionado en el reglamento se aplica la ley conforme a las facultades discretionales atribuidas a la comisión.

En lo que respecta a nuevos campos de actividad económica y nuevas líneas de productos, que el reglamento define en las fracciones XIV y XV de su artículo 1o., también previene en su artículo 29 que no se necesitará autorización para ampliar la inversión si los inversionistas se comprometen a cumplir las condiciones que señala en su fracción I, que tienden a la inversión nueva en activos fijos con recursos de los inversionistas, resultado de equilibrio en el saldo de la balanza en divisas, descentralización de la inversión industrial hacia zonas de menor concentración, tecnologías adecuadas, generación de empleos y capacitación de los trabajadores.

También se exime de la necesidad de la autorización a las sociedades exportadoras a que se refiere al artículo 6o. y en los casos de fusión de sociedades.

6.- La inversión temporal de sociedades financieras internacionales para el desarrollo.

No la computa para los efectos del porcentaje de inversión. El reglamento emplea la fórmula poco feliz de que no se considerará inversión extranjera. No se modifica el régimen anterior.

7.- La inversión extranjera mediante fideicomisos.

El reglamento no tiene en materia de fideicomisos la misma apertura que hacia la inversión realizada directamente, sino que ejerce sobre ellos mayor

LEGISLACION

control. Por ejemplo, requiere siempre de autorización y no otorga libertad de inversión en las empresas que emprenden actividades que están fuera de la clasificación sino sólo en cuanto a la adquisición de los derechos de voto o pecuniarios que rebasen el 49% del capital.

Con el mismo criterio dispone el artículo 10 que requerirán autorización los actos de inversión extranjera posteriores a la constitución del fideicomiso si para ello no hubiese sido necesario obtenerla.

7.1.- En acciones, activos fijos y empresas.

Aparte de la regulación de los fideicomisos sobre inmuebles en la zona prohibida, la ley sólo se refirió en general a los fideicomisos en su artículo 23, fracción III, que dispuso que deberán inscribirse en el Registro de Inversiones Extranjeras.

III.- Los Fideicomisos en que participen extranjeros y cuyo objeto sean los actos regulados por esta ley.

La Resolución General Sistemática requería de resolución previa para la constitución de fideicomisos cuyos fines sean tener el uso y la explotación de los bienes o derechos, por ejemplo la mayoría de las acciones de una sociedad, para cuya adquisición, manejo y explotación por otros actos jurídicos diferentes al fideicomiso la ley requiere dichas resolución y autorización.

No se trata de actos administrativos de carácter general que vengan a llenar lagunas ni omisiones de la ley. El fideicomiso es un acto instrumental para lograr un fin lícito, que implica un desdoblamiento de la propiedad, aun cuando en muchos casos no tenga fines traslativos de dominio. Si el fin lícito de un fideicomiso, que otorga derechos a fideicomisarios extranjeros, es uno de los que la ley regula, cuando se ejecutan o celebran otros actos jurídicos en beneficio de inversionistas extranjeros, no tiene por qué excluirse del régimen de la ley a tales fideicomisos. Por medio de fideicomisos se da a inversionistas extranjeros la posibilidad de ejercitar derechos corporativos y económicos derivados de acciones o partes sociales que se fideicomiten, de usar y aprovechar inmuebles o disponer de ellos y obtener las ganancias de capital, de ordenar que se suscriban aumentos de capital, de ordenar que se enajenen o que se incorporen al fideicomiso activos esenciales para la explotación de una empresa u otros fines similares que en relación con extranjeros la ley regula. En consecuencia, aun cuando la ley no haga referencia expresa a esta clase de fideicomisos, pueden considerarse incluidos en la fracción III de su artículo 12. Esta interpretación es, además, congruente con la tradición jurídica mexicana, ya que el régimen anterior a la ley, el del decreto de junio de 1944, expresamente los reglamentaba.

La ley no elaboró acerca de la regulación de estos fideicomisos, que sin duda están comprendidos en ella conforme a la disposición de su artículo 23. Esta es materia propia de un reglamento, pues desenvuelve un precepto en que el fideicomiso para los fines indicados debe tener régimen similar al que previene la ley para la inversión en las empresas o en los bienes.

La razón por la que sí se hace referencia expresa a los fideicomisos sobre

inmuebles para fines turísticos o industriales en beneficio de extranjeros en la zona de reserva, significa precisamente que, dada la prohibición constitucional, tales fideicomisos no podrían otorgarse sin una norma válida que los autorice expresamente, en que se precise que no se otorga a los fideicomisarios el dominio directo sobre los bienes.

7.2.- Sobre acciones de sociedades propietarias de inmuebles en zona restringida.

El reglamento tiene una novedad que es al menos muy discutible y que consiste en que, según lo dispone su artículo 12:

“La secretaría podrá autorizar a inversionistas extranjeros y a sociedades sin “cláusula de exclusión de extranjeros” para que adquieran derechos de fideicomisario en fideicomisos de acciones representativas del capital social de sociedades con “cláusula de exclusión de extranjeros”, que tengan en propiedad inmuebles ubicados en la zona restringida, siempre que las sociedades con “cláusula de exclusión de extranjeros” de que se trate realicen nuevas inversiones productivas para la realización de actividades industriales y turísticas, y se cumplan en lo conducente las disposiciones del capítulo III de este título.”

Puesto que los inversionistas extranjeros pueden participar en fideicomisos sobre dichos bienes, autorizados por la ley, el propósito de esta disposición reglamentaria es dar más facilidades a la inversión extranjera.

Aparte de que se aplican por mayoría de razón las objeciones hechas a los fideicomisos sobre inmuebles en esta zona, la autorización de éstos no está prevista en ley y el reglamento no puede sustituirse a la ley misma, sino sólo desarrollar la aplicación de sus disposiciones. Además, debería entenderse que al igual que en los fideicomisos sobre inmuebles, el fideicomisario extranjero no podría tener acceso al dominio de dichos bienes que tiene la sociedad, por lo que las acciones fideicomitadas tendrían características diferentes a las demás acciones de la sociedad en cuestión.

Además de lo anterior, hay dos innovaciones del reglamento para permitir inversión extranjera mediante fideicomisos: la inversión llamada neutra y la inversión extranjera temporal.

7.3.- En la inversión neutra.

Así llamada porque las acciones serie “N” que son su objeto no se computan para determinar el monto y proporción de la inversión extranjera. Los inversionistas adquieren certificados de participación ordinarios emitidos por instituciones fiduciarias con base en fideicomisos cuyo objeto sea precisamente las dichas acciones serie “N”. Ordinarios quiere decir que no son amortizables y que sólo incorporan derechos pecuniarios derivados de las acciones. Es decir, los derechos sociales no se pueden ejercer por los adquirientes de los certificados, sino por el fiduciario, quien tiene la obligación, conforme a derecho, de ejercerlos en defensa y beneficio del fondo fiduciario.

Los certificados se adquieren directamente por los inversionistas en el mercado bursátil mexicano, o por entidades financieras del exterior, por cuenta

propia o ajena, las que a su vez emiten nuevos títulos valor que los representen para colocarlos en mercados bursátiles extranjeros. Mediante autorización especial, los títulos de valor extranjeros pueden ser convertidos en acciones de la serie "N". El reglamento no es claro. Sólo se explicaría la convertibilidad si se tratara de acciones sin derecho a voto. De otra suerte no tiene sentido que un inversionista extranjero tenedor de títulos emitidos por una entidad financiera del exterior pueda hacer la conversión que a otro inversionista también extranjero pero cuyos títulos son emitidos por un fiduciario mexicano, no se le permita. El reglamento previene la posibilidad de que instituciones financieras del exterior adquieran, con características similares, acciones serie "A" o mexicanas y que la Secretaría de Hacienda y la Comisión Nacional de Valores podrán, mediante reglas generales, establecer otros mecanismos de inversión similares.

Estos mecanismos podrán ser aptos para captar inversión extranjera, pero no pueden ser establecidos por un reglamento en virtud de que no hay precepto legal de cuya observancia se trate.

7.4.- *En inversión extranjera temporal.*

También mediante fideicomisos (art. 23) y previa resolución de la comisión, el reglamento dispone que puede autorizarse la inversión temporal en cualquier proporción de acciones de sociedades que realicen actividades en las industrias de transportes aéreos y marítimos nacionales, distribución de gas, minería, petroquímica secundaria, componentes automotrices y otras que señale en reglamentos el Ejecutivo federal. El objetivo es el rescate de sociedades que se encuentren en desequilibrio financiero extremo, con deuda externa excesiva sin ventas obien que requieran inversión para aumentar su producción o para modernizar su planta.

El interés que tiene esta disposición es que se trata del único caso en el reglamento en que se modifica, no la regla general, sino disposiciones específicas de los artículos 4 y 5 de la ley que previenen mayoría calificada mexicana. Este es un terreno que sólo la ley y no un reglamento puede prever. Ni siquiera conforme a la Ley de Inversiones Extranjeras tendría la comisión facultad alguna para dictar resoluciones.

8.- *Constitución de sociedades y modificación de sus estatutos.*

8.1.- Este es uno de los títulos más interesantes del reglamento. Interesa no porque reforme preceptos legales o reglamentarios, sino porque elimina prácticas viciosas de control en los permisos que otorgaba la Secretaría de Relaciones Exteriores, originadas cuando le competía la regulación de las inversiones extranjeras, antes de la ley de 1973.¹⁴

Se requiere permiso para constituir sociedades según el artículo 17 de la ley, pero sólo, a) para el efecto del control de las denominaciones y razones sociales, conforme al artículo 88 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que no permite que se dupliquen. Fue la costumbre y no la ley la que dio competencia a

¹⁴ He tratado con amplitud este punto en el artículo sobre "La competencia de las Secretarías de Estado", cit.

esta secretaría, lo que ha resultado muy práctico, y b) para convenir en las cláusulas de extranjería que deben insertarse en los estatutos sociales.

En cuanto a la modificación de estatutos sociales, sólo es necesario el permiso para modificar la cláusula de extranjería que esté pactada o para cambiar la denominación o razón social.

El mismo título previene que en las sociedades en que haya inversión extranjera, las acciones se dividirán en dos series: la serie "A" o mexicana y la serie "B" o de libre suscripción, aparte de la serie "N" o neutra, cuando proceda. Aunque es discutible que un reglamento pueda imponer esta obligación, la misma coincide con una práctica cómoda seguida por lo que podría pensarse que es la mayoría de las sociedades.

8.2.- Este título se significa también por las modificaciones que contiene al texto de la cláusula de renuncia a la protección diplomática, o Cláusula Calvo, así como a la cláusula de exclusión de extranjeros.

El texto de la Cláusula Calvo (art. 31) contiene adiciones al texto literal contenido en la fracción I del artículo 27 constitucional y en su ley orgánica y coincide con la costumbre seguida en la práctica administrativa como corolario de aquellos preceptos. Las frases añadidas son las siguientes: *"Así como (respecto) de los bienes, derechos, concesiones, participaciones o intereses de que sean titulares tales sociedades, o bien de los derechos y obligaciones que deriven de los contratos en que sean parte las propias sociedades con autoridades mexicanas"*.

La cláusula de exclusión de extranjeros, que fue introducida convenientemente por el Reglamento de la Ley Orgánica mencionada, abrogado por el que comentamos, tiene un nuevo texto (art. 30) que contiene la adición de que las sociedades que adopten esta cláusula *"no admitirán directa ni indirectamente como socios o accionistas a inversionistas extranjeros y sociedades sin cláusula de exclusión de extranjeros, ni tampoco reconocerán en absoluto derechos de socios y accionistas a los mismos inversionistas y sociedades."*

Con el nuevo texto, se elimina el problema de la piramidación de sociedades hecha para eludir disposiciones imperativas.

Debo señalar lo que considero como un gazapo del texto: habla de inversionistas extranjeros y no simplemente de extranjeros. Así una sociedad que tenga esta cláusula puede tener entre sus accionistas a un extranjero residente en México que no dependa de centros de decisión del exterior, el que no es considerado como inversionista extranjero. Conforme al reglamento, esta sociedad puede adquirir inmuebles en la zona restringida, lo que va contra el artículo 27 y la Ley Orgánica de su fracción I.

9.- *La adquisición y el arrendamiento de inmuebles.*

También aquí el reglamento corrige prácticas viciosas en la expedición de los permisos de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Según el artículo 36 no se requiere permiso para la adquisición de inmuebles por sociedades fuera de la zona prohibida. Sus socios o accionistas han aceptado el convenio de la cláusula Calvo, incorporada en los estatutos sociales. Sólo se necesitará para que las personas físicas o morales extranjeras adquieran derechos de fideicomisario en fideicomisos cuyo patrimonio sean tierras, aguas y sus accesiones ubicadas fuera de la zona restringida, cuando se otorguen a los fideicomisarios derechos reales

sobre dichos bienes.

Las sociedades con cláusula de exclusión de extranjeros tampoco necesitan permiso para adquirir inmuebles en la zona restringida.

No tiene caso analizar si los fideicomisos pueden otorgar a los fideicomisarios derechos reales sobre bienes en su patrimonio fiduciario. Baste considerar que los fines del fideicomiso pueden comprender derechos sobre inmuebles que se equiparan a derechos reales que el fiduciario ejerce.

Por último, el artículo 37 del reglamento contiene una disposición que, a mi juicio, se opone a lo dispuesto por la Ley Orgánica de la fracción I, pues dice que no se necesita permiso para que personas físicas o morales extranjeras y sociedades sin cláusula de exclusión de extranjeros arrienden bienes inmuebles fuera de la zona restringida por un plazo mayor de 10 años.

La posición de la Secretaría de Relaciones en cuanto al arrendamiento de inmuebles en que intervengan extranjeros fue tradicionalmente de que no podía exceder de 10 años, pues un plazo mayor equiparaba el negocio a la transmisión del dominio. Una disposición del famoso decreto de junio de 1944 durante la suspensión de garantías, que rigió la materia de inversiones extranjeras, así lo dispuso para los efectos de ciertas disposiciones constitucionales pero hizo la salvedad de lo que dispusieran las leyes. La Ley Orgánica de la fracción I del artículo 27 constitucional dispuso que para los arrendamientos a plazo mayor de 10 años se requería el permiso de la Secretaría de Relaciones. No obstante, por mucho tiempo, el Jurídico de la secretaría se negó a otorgar tales permisos, salvo contadas excepciones, y después de la publicación de la Ley de Inversiones Extranjeras fue su política orientar a que se celebraran, en vez de arrendamientos, contratos de fideicomiso. Inclusive, de seguro por influencia de la misma secretaría, la Ley de Inversiones Extranjeras al tratar de los fideicomisos para fines turísticos o industriales en zona prohibida, dispone en su artículo 20 que el fiduciario conservará siempre la propiedad de los inmuebles y que tendrá la facultad de arrendarlos por plazos no superiores a 10 años. Habitualmente no se usa el arrendamiento cuando se trata de estos fideicomisos ya que el fideicomiso mismo puede tener como fin el uso y goce de inmuebles por parte de los fideicomisarios que, sin tener derechos de aprovechamiento ni, en consecuencia, ganancias de capital por la enajenación de los inmuebles, pueden así usar los inmuebles fideicomitados por un plazo hasta de 30 años. El reglamento (artículo 37) dispone que no se requiere permiso para que las personas físicas y morales extranjeras y las sociedades sin cláusula de exclusión de extranjeros arrienden bienes inmuebles ubicados fuera de la zona restringida por un término mayor de 10 años. A mi juicio, este precepto es ilegal pues se opone a la Ley Orgánica mencionada. Por otro lado, y a *contrario sensu*, quiere decir que en la zona restringida sí se pueden celebrar tales arrendamientos, siempre que cuenten con el permiso de la secretaría, como lo dispone la ley. Por supuesto, el plazo de los arrendamientos deberá ajustarse a las limitaciones de los códigos civiles que previenen plazos máximos de 10 años para fines de habitación, de 15 años con fines comerciales y de 20 si los fines son industriales. Estas limitaciones derivan de la aversión del sistema jurídico mexicano, por razones históricas, a los contratos de largo plazo y a las "perpetuidades".

VI.- El Registro Nacional de Inversiones Extranjeras

El título octavo constituye un avance en la simplificación del régimen, por más que pueda discutirse su adecuación a la ley. Elimina las secciones IV y V, la primera relativa al registro de las acciones propiedad de inversionistas extranjeros. Si se tiene ya el de las personas físicas o morales, el de las sociedades mexicanas con inversión extranjera y el de los fideicomisos relativos a los actos regulados por la ley, la de las acciones resulta innecesaria. Así, ha podido también simplificarse al máximo la difícil reglamentación del registro de las acciones cotizadas en bolsa en que hay inversión extranjera, que ya la Resolución General Sistemática había intentado con base en el interés del inversionista en bolsa, que no es de ejercer los derechos corporativos. Tampoco la sección V tiene sentido pues no siendo público el registro el de las resoluciones no tiene fin publicitario ni el de sancionar actos de inversión.

Innovación de interés es la distinción entre los inversionistas: los que asumen responsabilidades empresariales se inscriben en la sección I, los demás, que invierten minoritariamente en acciones, excepto quienes lo hacen mediante fideicomisos, en la sección II, a través de la inscripción de las sociedades y de la información que sobre sus accionistas deben proporcionar. Son empresarios: los que adquieran o arrienden más del 49% de los activos fijos de una empresa, quienes establezcan, abran u operen una empresa, sucursal o agencia, lo que comprende los casos de inversión mayoritaria en las acciones de una sociedad así como aquellos en que la administración de una empresa recaiga en inversionistas extranjeros o en que tengan la facultad de determinar su manejo.

Asimismo, la información contribuye al manejo del problema de controlar el cumplimiento de las condiciones para autorizar la inversión extranjera o para que la misma se realice sin necesidad de autorización, previstas en los artículos 5, 28 y 29. Se reduce de esta manera el campo de las facultades discrecionales, que era uno de los objetivos del reglamento. Otro consistía en la expedición de los trámites, que realiza a través de los plazos que da para resolver y de la institución de la positiva ficta.

VII.- “Todo el poder” a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

El reglamento está construido sobre la teoría de que la competencia administrativa en materia de inversiones extranjeras la tiene la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial y evidentemente reforma lo que la Ley de Inversiones Extranjeras dispone al respecto. Esta ley atribuye la competencia a la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras por cuanto a la expedición de resoluciones generales y específicas, mediante las que ejercita las facultades que el artículo 12 de la ley le atribuye, en sus incisos I a IV, inclusive, y VI.

Según el artículo 15 del mismo ordenamiento, las *resoluciones* que dicte la comisión se turnarán a las secretarías y departamentos de Estado que corresponda, quienes emitirán las *autorizaciones* que procedan con apego a las *resoluciones* citadas. Pero el reglamento sólo hace referencia a dos secretarías: la de Comercio

y Fomento Industrial que es la “secretaría” por antonomasia, según las definiciones del artículo 1o., y la de Relaciones Exteriores, cuya competencia constitucional no puede ignorarse.

El reglamento, en múltiples preceptos, ignora las resoluciones de la comisión y habla exclusivamente de las autorizaciones de la secretaría como si fueran actos administrativos autónomos sólo vinculados a la ley. Finalmente, las facultades que por delegación de la comisión tenía el secretario ejecutivo, han sido las facultades cuya competencia se atribuía al secretario ejecutivo, son ahora, con algunas excepciones, de la secretaría.

A tal grado parecía evidente esta desviación del régimen reglamentario con respecto a la ley y a las facultades de la comisión que apenas un mes después de publicado el reglamento, el 21 de junio de 1989 el Diario Oficial de la Federación publicó la Resolución General No. 1, “que establece un procedimiento expedito para que la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras emita resoluciones específicas”.

Esta resolución cumple dos funciones: favorecer la expedición que su nombre indica y vincular conforme a lo previsto en la ley e incluso en el Reglamento Interior de la secretaría sus autorizaciones y las de la Secretaría de Relaciones Exteriores a resoluciones específicas de la comisión. De paso, debe notarse que la Resolución General de que se trata viene a ser una reglamentación del reglamento.

Para tratar de entender esta concepción del reglamento aventuro una hipótesis: la reforma al artículo 34 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, que enumera la competencia de la Secretaría de Fomento y Comercio Industrial es posterior a la Ley de Inversiones Extranjeras. En su Fracción XII dispone que le compete normar y registrar la propiedad industrial y mercantil, así como *regular y orientar la inversión extranjera y la transferencia de tecnología*. Es posible pensar que por ser el precepto de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal posterior a la Ley de Inversiones Extranjeras esta ley atribuye las facultades de regulación a la secretaría y no a la comisión.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la Ley Orgánica no atribuye facultades al poder ejecutivo sino únicamente distribuye las competencias entre los secretarios de Estado y departamentos.

El fundamento de la Ley Orgánica es el artículo 90 constitucional que dice claramente que:

“La administración pública federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las secretarías de Estado y departamentos administrativos y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación.”

Las atribuciones del Poder Ejecutivo se precisan en la Constitución, en las leyes expedidas por el Congreso de la Unión diferentes a la Ley Orgánica y en los tratados internacionales aprobados por el Senado de la República. En materia de inversiones extranjeras, las atribuciones del Ejecutivo, aparte de la Constitu-

ción se precisan en la Ley Nacional de Inversiones Extranjeras. Dicha ley creó la Comisión Nacional y definió sus facultades, por lo que no pueden ser desconocidas ni por un reglamento ni por la secretaría. La competencia de esta última vincula en forma estrecha a la Comisión Nacional y a la propia secretaría como se actualiza mediante la designación de un alto funcionario, el subsecretario, como secretario ejecutivo de la comisión, por la creación del puesto auxiliar de secretario técnico, probablemente el mismo director general de inversiones Extranjeras y, mediante la intervención de la secretaría para otorgar las autorizaciones que previene la ley basadas en las resoluciones generales y específicas de la comisión. Esto es lo que ha reconocido la Resolución General No. 1 ya reformada

VIII.- Interés práctico de analizar los aspectos de ilegalidad y las faltas de técnica jurídica en el reglamento

Esta cuestión está vinculada con otra que reviste singular importancia en la práctica administrativa mexicana y en la defensa de la legalidad, núcleo del estado de Derecho: si el presidente puede delegar su facultad reglamentaria, inclusive si la ley misma que se trata de reglamentar así lo previene. Es el caso de las reglas generales que dictan secretarios de Estado y aun funcionarios de menor categoría y que se usan cada vez con mayor amplitud, especialmente en materia fiscal. Existen aparte las prácticas viciosas por las que la ley es reformada por un reglamento, por reglas generales y aun por circulares.

He mencionado en este artículo cómo el reglamento en la gran variedad de su contenido, tiene numerosos aciertos y diversas fallas, tanto porque en varios preceptos reforma a la ley como porque en su regulación de la inversión extranjera, especialmente por cuanto a las variaciones en la regla general de mayoría mexicana que la ley autoriza, invade las facultades que la misma ley atribuye a la Comisión Nacional y que se ejercen mediante las resoluciones generales y específicas.

El artículo 28 de la ley declara nulos y que, en consecuencia, no podrán hacerse valer ante ninguna autoridad, los actos que se efectúen en contravención a sus disposiciones. Este precepto se aplica sin duda a los actos jurídicos de inversión y no a los actos administrativos. Pero éstos están siempre sujetos al principio y a la garantía de legalidad de modo que cualquier persona que tenga interés jurídico podrá impugnarlos.

Parece claro que será muy difícil que se compruebe dicho interés, máxime que, en materia de regulación que da facilidades a la inversión y permite que no se apliquen la regla general o las reglas que son corolario de la misma, como la relativa a la inversión libre en empresas constituidas, los preceptos del reglamento *en su contenido*, no van en contra de preceptos prohibitivos o de orden público, pues la ley permite que se autorice la inversión extranjera hasta por el cien por ciento del capital, cuando así convenga a la economía del país.

Podría válidamente preguntarse qué sentido tiene este largo análisis del reglamento en relación con la ley y con la Comisión Nacional y sus resoluciones. Mencionaré lo que me motivó a hacerlo: el aumento y multiplicación de las

actividades del Poder Ejecutivo en ejercicio de sus atribuciones, que se manifiestan en actos administrativos diversos y cada vez más numerosos, conforme a las necesidades modernas y a las específicas de México en su situación presente, ha dado lugar a diversas prácticas que, en principio, parecen exorbitantes al régimen legal. Como abogados y ciudadanos nos interesa en primer lugar el progreso en la aplicación real de un régimen de legalidad. No es posible pedir que el presidente de la República, en ejercicio de su facultad reglamentaria, firme todos los actos que tengan la apariencia de generadores de normas jurídicas, a los que Duguit llamó "actos regla". Ni es tolerable que mediante un reglamento se reforme la ley. Debe realizarse un considerable esfuerzo para analizar en profundidad todas estas prácticas administrativas, algunas de ellas, inclusive, previstas en ley. Me refiero al uso o al abuso de las circulares, sean o no misceláneas, para reformar preceptos legales o reglamentarios, a las circulares que expiden órganos como la Comisión Nacional de Valores, a las reglas generales que la ley autoriza a expedir secretarías de Estado y aun a funcionarios inferiores, a los acuerdos y decretos de estos últimos que contienen disposiciones de carácter general y a otros actos similares. En este artículo aporto una modesta contribución al estudio de este vasto problema.