

LA COMISIÓN NACIONAL DE INVERSIONES EXTRANJERAS (CNIE)*

Por el licenciado Jaime ALVAREZ SOBERANIS
Profesor Titular en el Departamento de Derecho
de la Universidad Iberoamericana.

1. Preámbulo

Deseo dejar testimonio de gratitud por la amable invitación que me formuló el Dr. Fernando Flores García, Director de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, para colaborar en este número especial, con el que se conmemora el 50o. Aniversario de esta prestigiada publicación, que tanto ha contribuido a la difusión de la cultura jurídica en México.

Es preciso mencionar, antes de entrar propiamente en materia, que no es fácil lograr la continuidad, permanencia y calidad, en materia de publicaciones técnicas de este tipo. Se ha requerido para ello, el tesón y esfuerzo del maestro Flores García, al frente hace ya muchos años de la Revista, por lo que resulta acreedor al reconocimiento de la comunidad universitaria y de quienes cultivamos la Ciencia Jurídica. Para él nuestra entusiasta felicitación.

2. Constitucionalidad del establecimiento de comisiones por parte del legislativo

Parecería adecuado pensar que la organización estructural del Poder Ejecutivo, sólo a éste le compete y que se infringiría el principio de la división de Poderes que consagra la Constitución, si el Legislativo interfiriere en tal cuestión. Cosa extraña, por cierto, porque la mayor parte de las quejas de los tratadistas mexicanos (normalmente justificadas) se refieren precisamente al fenómeno opuesto, es decir, a la constante invasión de la competencia constitucional atribuida al Congreso de la Unión por parte del Ejecutivo

* Este trabajo forma parte de un libro en preparación sobre la Política y Regulación Jurídica de la Inversión Extranjera Directa en México.

y, especialmente de su Titular, el Presidente de la República, dada la circunstancia de que vivimos bajo un régimen presidencialista a ultranza, aunque hay barruntos de que éste concluirá en breve.

Esto no es así. Al respecto, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF), que se ocupa precisamente de la organización del Ejecutivo, está expedida por el Congreso. De hecho, el principio de legalidad consiste en que los órganos del Estado sólo pueden hacer aquello que la ley les autoriza. Es falso que las Comisiones Intersecretariales sólo puedan ser constituidas por el Poder Ejecutivo y nada se opone a que sean establecidas por el Legislativo.

En cuanto al tema de la creación de la CNIE por el artículo 11 de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera (en lo sucesivo LIMRE), los autores consultados se pronuncian unánimemente en el sentido de que no se infringió la Ley Fundamental.

Barrera Graf señala que

. . . la creación de órganos administrativos como las Comisiones Intersecretariales e inclusive otros de mayor jerarquía. . . no constituye una facultad que se otorgue en forma exclusiva al Ejecutivo, sino que este poder lo comparte con el Legislativo, uno y otro pueden crearlos y constituirlos.¹

Cruz González considera que el fundamento constitucional para el establecimiento de la CNIE se encuentra en la fracción XXX del Artículo 73 de la propia Carta Magna, ya que en ejercicio de las facultades implícitas el Legislador pudo crear la Comisión, por tener facultades para expedir la LIMRE.²

Díaz Carballeda a su vez sostiene que la facultad del Congreso para crear la Comisión deriva de la fracción XVI del Artículo 73 de la Constitución, que le atribuye la potestad de dictar Leyes sobre la condición jurídica de los extranjeros.³

Gómez Palacio, por su parte, se suma a la opinión predominante en el sentido de que la creación de la CNIE se ajusta al texto constitucional.⁴

¹ Jorge BARRERA GRAF. *La regulación Jurídica de las Inversiones Extranjeras*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981, pág. 158.

² Francisco José CRUZ GONZÁLEZ. *Inversión Extranjera Directa*, ensayo publicado en la Revista Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, número 10, Tomo I, México, 1978, pág. 454.

³ Antonio DÍAZ CARBALLEDA. *Notas sobre la Naturaleza y Estructura Jurídica de la CNIE y de sus Resoluciones Generales*, Tesis Profesional, Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, 1979, pág. 97.

⁴ Ignacio GÓMEZ PALACIO. *Inversión Extranjera Directa*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985, pág. 152.

3. *Naturaleza jurídica de la CNIE.*

De acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 25 del Código Civil para el Distrito Federal, son personas morales: la nación, los estados y municipios, y las demás corporaciones públicas reconocidas por la Ley. La CNIE fue creada por la LIMRE en su artículo 11, pero el legislador no le atribuyó explícitamente personalidad jurídica, ni la autorizó a disponer de un patrimonio propio.

El análisis de las disposiciones jurídicas invocadas y su interpretación jurídica, nos conducen a la conclusión de que la CNIE ejerce la competencia que la LIMRE le atribuye como un órgano del Estado y concretamente del Poder Ejecutivo Federal que, aunque tiene el carácter de autoridad, carece de personalidad jurídica propia y se ampara bajo la de aquél.

La CNIE es un órgano desconcentrado que tiene autonomía frente a las demás Dependencias del propio Ejecutivo, que no tienen la potestad de revisar sus determinaciones, por lo que al actuar lo hace manifestando la voluntad de dicho Poder, realizando actos de autoridad, que sólo pueden ser combatidos a través del juicio constitucional de garantías.

Sus actos son administrativos desde el punto de vista formal, puesto que son emitidos por un órgano de la Administración Pública, aunque se trate de una entidad substraída al principio de la dependencia jerárquica que vincula a los órganos de la propia Administración. Sólo debe rendirle cuentas al Titular del Poder Ejecutivo Federal, que es quien designa a los Secretarios y Sub-secretarios que la integran. Esta situación deriva de su naturaleza de órgano colegiado, es decir, de una entidad que actúa como un "colegio" al que concurren varios titulares y en el que las determinaciones deben adoptarse en común, es decir, colegiadamente.

La circunstancia de que la CNIE aparezca desprovista de personalidad jurídica por el simple hecho de que la legislación de la materia no se la otorgó, no la demerita ni le resta importancia como tendremos ocasión de demostrar. Tampoco le impide ser titular de derechos y obligaciones, que de hecho y derecho lo es, tal como se advierte en la lectura de las disposiciones de la LIMRE y, en especial, de su artículo 12, lo que ocurre es que se trata de un órgano desconcentrado.

Dada la importancia de las atribuciones que la CNIE tiene conferidas se estima que en una futura revisión de la legislación que la regula, convendría considerar la posibilidad de otorgarle personali-

dad jurídica y patrimonio propio. Ya el Reglamento de la LIMRE publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 16 de Mayo de 1989 (en adelante R LIMRE), la dotó de los órganos auxiliares que requiere para realizar adecuadamente tales funciones.

4. Estructura orgánica de la CNIE.

El artículo 11 de la LIMRE estableció la CNIE y la dotó de su estructura orgánica, aunque no de personalidad jurídica o patrimonio propios.

La CNIE está integrada por los titulares de varias de las más importantes Secretarías de Estado que forman parte del Poder Ejecutivo Federal, a saber: Secretaría de Gobernación; Secretaría de Relaciones Exteriores; Secretaría de Hacienda y Crédito Público; Secretaría de Programación y Presupuesto; Secretaría de Energía, Minas e Industria Para-estatal; Secretaría de Trabajo y Previsión Social y Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (en lo sucesivo: SECOFI). Véase al respecto, el texto del Artículo 80 del R LIMRE, que contiene la actualización de las denominaciones de las dependencias que la integran.

Se prevé la existencia de un Secretario Ejecutivo designado por el C. Presidente de la República, cuyas funciones fundamentales son las de representar y auxiliar a la CNIE (artículos 11 y 14 fracción I de la LIMRE.⁵

Esta conformación de la Comisión muestra a las claras que se trata de un órgano políticamente relevante, en virtud de que la materia de que se ocupa, es decir, la IED, es importante para el desarrollo del país. Es además autónomo, porque no existe subordinación específica de la CNIE a alguna Secretaría de Estado, ni siquiera a la SECOFI, con la que guarda una estrecha vinculación en la práctica.

El establecimiento de la CNIE surgió de la necesidad de contar con un órgano deliberativo, decisorio y de control que estableciera en forma permanente los lineamientos de política a los que debe sujetarse la IED para que responda a lo que de ella espera el país. Esta es una de las tareas más importantes que debe satisfacer la Comisión: el ajuste de las políticas frente al cambio en las variables socioeconómicas para tratar de hacer que se incrementen las contribuciones de la IED al desarrollo nacional. Esta función tiene repercusiones de carácter normativo.

⁵ GOMEZ PALACIO, *Op. cit.*, pág. 151.

Durante el régimen del Presidente Miguel de la Madrid (1982-1988) hubo necesidad de llevar a cabo la reforma al Marco Jurídico y Administrativo, aunque sin enmendar la LIMRE. En el ámbito propiamente administrativo se establecieron el Sistema de Precedentes sobre Resoluciones Específicas (SIPRE) y el Sistema de Compromisos y Metas, entre otras medidas. La actual Administración del Presidente Carlos Salinas de Gortari (1988-1994) expidió el Reglamento de la Ley, por lo que el proceso de revisión y ajuste ha continuado.

La CNIE es un organismo intersecretarial, interdisciplinario, de alto nivel político, dotado por la LIMRE de amplias facultades, de aquellas que la doctrina ha clasificado como "discrecionales".

Analizando sus funciones, encontramos que puede emitir dos tipos de resoluciones: generales y específicas. Estas últimas que se refieren a los casos concretos, no plantean problemas que debieran analizarse en cuanto a su operatividad ni a su fundamento legal. En lo que toca a las primeras, el fundamento legal que tiene para expedir las resoluciones generales se encuentra establecido por la fracción VI del Artículo 12 de la LIMRE, que faculta a la Comisión a: "Establecer los criterios y requisitos para la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias sobre inversiones extranjeras". Además el Artículo 23 fracción V, de la LIMRE, señala que deben inscribirse las resoluciones que dicte la Comisión, en el RNIF aunque esta norma ha quedado sin aplicación y el RLIMRE ya no exige dicha inscripción.

Explicemos el tipo de órgano de que se trata. Es de composición intersecretarial⁶ por estar integrado por los representantes de distintas dependencias. Por cierto que se refiere a los Secretarios de Estado y no a las Secretarías como tales. Por otra parte, como la IED incide en una amplia gama de sectores y actividades de la economía nacional, que cubren desde la intermediación comercial hasta los servicios más sofisticados y que están normadas por distintas "disciplinas jurídicas", constituye un fenómeno interdisciplinario. Por ejemplo, la encontramos en ramas que aplican tecnología avanzada como las telecomunicaciones, en alimentos, automotriz, petroquímica y el comercio. A la CNIE concurren distintas Unidades, que son cabeza de sector en diferentes áreas de la política o de las actividades económicas.

La composición de la CNIE es intersecretarial y de alto nivel político. La integran la Secretaría de Gobernación (SG) que se ocupa de la política interior; la Secretaría de Relaciones Exteriores, cuya función

⁶ Respecto de la definición y características de las Comisiones, se recomienda la lectura de la obra de Miguel ACOSTA ROMERO, *Teoría General del Derecho Administrativo*, 3a. Edición. Editorial Porrúa, S. A., México, 1979, pág. 163.

es atender los requerimientos de la política exterior: las Dependencias globalizadoras, que se encargan de los temas propios de la macroeconomía, es decir, la Secretaría de Programación y Presupuesto (SPP), que regula el gasto público y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) cuya función primordial consiste en organizar los ingresos del Estado. Además participa la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal (SEMIP), es decir, la Dependencia encargada de los energéticos y los minerales, así como la industria paraestatal y también es miembro, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STyPS) es decir, la Dependencia globalizadora en materia de creación y capacitación de mano de obra.

“Como órgano auxiliar y colegiado de la Administración Pública corresponde a la Comisión una competencia muy amplia que establece la LIMRE.”⁷

La primera observación que surge al estudiar las funciones de la CNIE es que goza de facultades muy amplias de aquellas que la doctrina jurídica clasifica como “discrecionales” en el sentido de que la CNIE puede decidir si debe obrar o abstenerse y cuándo y cómo debe obrar, aunque siempre sujeta al principio de legalidad.

Acosta Romero afirma que la facultad discrecional es “La que tienen los órganos del estado para determinar su actuación o abstención y, si deciden actuar, qué límite le darán a su actuación y cuál será el contenido de la misma; es la libre apreciación que se le da al órgano de la Administración Pública, con vistas a la oportunidad, la necesidad, la técnica, la equidad o razones determinadas que pueda apreciar circunstancialmente en cada caso, todo ello con los límites consignados en la Ley”.⁸

La justificación teórica de la existencia de facultades discrecionales en favor de la CNIE es posibilitarla para el mejor cumplimiento del interés público y siempre dentro de los márgenes que establece la propia legislación.

En la concepción del sistema de autorización previa subyace la posibilidad de emplear el poder del Estado para admitir, o no, el ingreso de nuevas inversiones de titulares del exterior. Este poder se ejerce en un marco normativo considerablemente amplio, carente de definiciones y que por tanto deja un vasto margen para la negociación y la aplicación de criterios en buena medida discrecionales.⁹

⁷ BARRERA GRAF, *Op. cit.*, pág. 156.

⁸ ACOSTA ROMERO, *Op. cit.*, pág. 436.

⁹ Instituto para la Integración de América Latina, *Regulación de la Inversión Extranjera en América Latina y el Caribe*, Estudio preparado por Carlos M. CORREA, Susana C. de ZALDUENDO y Rachele CHEROL, Buenos Aires, Noviembre de 1984, pág. 5.

Las facultades discrecionales que confiere la Ley a la CNIE han sido calificadas de "excesivas" y consecuentemente, como dañinas para la seguridad jurídica por una parte considerable de la doctrina nacional y de la extranjera que se ha ocupado del análisis de la LIMRE.

Los autores que han criticado la circunstancia de que la CNIE goce de este tipo de facultades,¹⁰ deberían tomar en consideración, ante todo, la imperiosa necesidad de contar con un organismo que regule y controle la IED en forma eficiente en beneficio del país.¹¹

Discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad. Hay limitaciones impuestas por el sistema jurídico para ejercer dichas atribuciones, como son las de otorgar oportunidad a los particulares para que aleguen lo que a su derecho convenga y fundar y motivar debidamente las resoluciones que emita la CNIE. (Artículos 14 y 16 Constitucionales.)

Igualmente para tomar cualquier decisión, dentro del ámbito de sus facultades discrecionales, "necesita la Comisión basarse en los supuestos del Artículo 13 de la LIMRE y además, invocar las circunstancias que concretamente se refieren al caso discutido o, en su caso, a la resolución general que dicte". "Según la Ley corresponden a la CNIE facultades tanto de creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas generales (función propiamente legislativa), como de situaciones jurídicas particulares (función propiamente administrativa) e, inclusive, ejecución de actos materiales".¹²

Este conjunto de facultades ha permitido a la CNIE formular las políticas de acuerdo a las cambiantes circunstancias del país, así como ajustar la interpretación de la normativa jurídica a tales políticas a través de la expedición de Resoluciones Generales que jurídicamente no han implicado cambios legislativos, que no se encuentran al alcance de la CNIE, sino fijación de criterios para facilitar la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias.

¹⁰ Véase por ejemplo, de Cipriano GÓMEZ LARA su Conferencia impartida el 8 de Junio de 1982, ya citada, en la que a pesar de haber fungido como Secretario Ejecutivo de la CNIE se queja de la discrecionalidad de la Ley, afirmando que "deja un amplio margen de interpretación subjetiva tanto de los particulares como de discrecionalidad por parte de la autoridad administrativa, o bien son tan generales sus disposiciones que se dificulta su aplicación al caso concreto".

¹¹ Es importante resaltar que con anterioridad a la expedición de la LIMRE, la regulación de la IED, fundamentalmente consistía y se daba a base de decisiones y resoluciones administrativas, en muchas ocasiones, carentes de fundamento constitucional. Ese régimen que perduró por más de 25 años, dió lugar a una gran flexibilidad y oportunidad para irse adaptando a las cambiantes necesidades económicas, e inclusive a diferentes situaciones de política nacional e internacional, pero no resultaba adecuado desde el punto de vista jurídico.

¹² BARRERA GRAF *Op. cit.*, págs. 161 y 174.

Se mostró afortunado el legislador de 1973, al haber creado un órgano capaz de enfrentar la difícil tarea de propiciar el ingreso de la IED al país, pero bajo el estricto y cabal cumplimiento de los principios que la legislación establece y de los objetivos de desarrollo establecidos por el Gobierno Federal, en sus Planes y Programas.

En efecto, como la CNIE se creó para atender cuestiones de indudable impacto en el desarrollo del país, debe contar con amplias facultades que le permitan afrontar el análisis, estudio y despacho de los asuntos que le conciernen con flexibilidad y rapidez. No hubiera sido conveniente fijar márgenes reducidos para su actuación porque ello perjudicaría su eficiencia con el consiguiente daño para la economía nacional.

La CNIE posee diversos instrumentos para realizar la compleja labor que tiene encomendada y ella misma constituye un mecanismo para aplicar adecuada y eficientemente las disposiciones de la Ley que la creó. El instrumento fundamental de acción con que cuenta son sus propias resoluciones, tanto las Generales como las Específicas y por otra parte, por su carácter intersecretarial, recoge las opiniones de las distintas Dependencias del Poder Ejecutivo que la integran, respondiendo así a la función de coordinar la acción de tales dependencias, organismos descentralizados y empresas de participación estatal, para el cumplimiento de sus atribuciones en materia de IED (Artículo 12, fracción VII de la LIE).

5. Imagen de la CNIE ante los particulares: Su perspectiva desde el exterior

Hasta aquí la explicación puramente técnica de como está integrada la Comisión y la naturaleza de sus atribuciones.

Es fácil entender en qué consisten sus facultades y señalar, como ya se ha hecho, que son de carácter discrecional pero ¿qué significa este hecho para el ciudadano ordinario? Quiere decir que se trata de una autoridad capaz de adoptar libremente una amplia gama de determinaciones y hacerlas cumplir mediante el uso de la fuerza y estos siempre ocasiona un cierto grado de temor. La Comisión suele ser vista desde la perspectiva del hombre común y corriente como un órgano misterioso dotado de excesivos poderes.

La imagen que se ha descrito, no resulta favorable para que la Comisión pueda desarrollar las importantes funciones que por Ley tiene encomendadas, especialmente la promoción de nuevos flujos de IED, con el apoyo y simpatía de la opinión pública y esta percepción más bien le perjudica.

¿Cómo se observa a la Comisión desde el exterior? La perspectiva es todavía más distorsionada, porque aparece como un órgano que responde al “tradicional intervencionismo estatal mexicano” que, en los países capitalistas, se califica de monstruoso. La actual Administración, 1988 – 1994, está intentando cambiar esa imagen.

Para el extranjero que debe ir a negociar con la CNIE y que previamente ha sido influido por las críticas sobre México de algunas agencias noticiosas internacionales, esta posibilidad se le presenta como atemorizante.¹³

Aún quienes en el exterior deberían estar mejor enterados del tipo de órgano de que se trata y de la naturaleza de las funciones de que está investido, no parecen tener adecuada información o están influidos por los mismos prejuicios acerca del intervencionismo del Estado mexicano, de su omnipotencia y arbitrariedad y del grado de nacionalismo que todavía persiste en el país. En un trabajo que apareció en septiembre de 1987 de la Unidad de Estudios de la conocida revista inglesa. *The Economist*, se percibe esta concepción de la Comisión como un órgano de amplios poderes, frente a cuya imprevisible actuación los inversionistas extranjeros están desarmados.

Esto no ha ocurrido así en la práctica. Se trata de patrañas inventadas por poderosos grupos de intereses económicos que pretenden desprestigiar al país. En México, los juristas conocen y pueden enfrentarse en el terreno legal, a órganos que gozan de facultades discrecionales y saben cómo combatir sus decisiones cuando arbitrariamente ofenden los intereses o derechos de sus clientes. Tal vez en otros Sistemas este fenómeno no sea común, aunque si se toma como ejemplo el de los Estados Unidos de América, ahí existe un alto grado de control de las actividades económicas y la regulación es compleja. Nada hay inusitado en la existencia de la Comisión como tal, ni en el hecho de que esté investida de facultades de carácter discrecional que en el ámbito del Derecho Económico resultan necesarias.

La existencia de la Comisión no es resultado de un afán intervencionista del Gobierno o del “nacionalismo económico” propio de la Revolución Mexicana, sino que surgió como una necesidad del proceso de desarrollo del país, para regular al capital foráneo y facilitar la práctica de los negocios, para obtener de la IED, los beneficios que el país espera y requiere, y que tiene derecho a exigirle.

¹³ Véase al respecto de STEVEN M. RUBIN, México: *Conditions and Risks For business, Special Report No. 1103*, EIU, Business Environment Unit, The Economist Intelligence Unit, Londres, septiembre de 1987. Aún cuando se trata de un reporte equilibrado, cuya lectura se recomienda, no está exento de exageraciones sobre el papel actual que juega el Estado mexicano frente a la economía.

Por otra parte, es bien sabido que dentro de la Administración Pública, la operación de órganos colegiados con poder de decisión, puede entorpecer el despacho de los asuntos que se les encomienden, porque la exigencia de la decisión común que se deriva de la colegiación hace difícil que sus miembros se pongan de acuerdo con la celeridad necesaria para resolver los casos y para que adopten las determinaciones correspondientes bajo la base del consenso.

Aunque lo anterior normalmente es cierto, en el caso de la CNIE, desde su establecimiento, este órgano ha funcionado adecuadamente, sin que pueda tachársele de entorpecer los flujos de IED hacia el país, ni su expansión dentro de éste.

No podríamos pronunciarnos sobre si la administración y aplicación de la Ley se hubiese encomendado a una Comisión fue mejor o no, que si se hubiera otorgado esta función a un órgano unipersonal como cualquier otra Unidad Administrativa del Poder Ejecutivo Federal. La verdad es que la composición y organización de la Comisión han respondido a lo que de ella se esperaba.

6. Principales Facultades de la CNIE

En este acápite nos inspiraremos en la enunciación que hizo el maestro Don Jorge Barrera Graf, añadiéndole algunos puntos de vista, derivados de la experiencia del que esto escribe, al haber participado en las sesiones de la CNIE, durante el período 1984 — 1988.

A) Admitir o negar la IED que se pretende efectuar en empresas establecidas o por establecerse en México (artículo 12 fracción III). Esta es una facultad esencial para controlar al capital foráneo y orientarlo a los sectores en los que puede realizar mayores contribuciones.

B) Establecer los criterios y requisitos para la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias sobre inversiones extranjeras (artículo 12 fracción VI). Esta facultad le permite a la CNIE emitir las Resoluciones Generales, que constituyen importantes instrumentos para el control de la IED.

Resolver (admitir, condicionar o negar) sobre la IED que pretenda efectuarse en nuevos establecimientos (artículo 12 fracción III *in fine*), en nuevos campos de actividad económica o nuevas líneas de productos (artículo 12 fracción IV *in fine*).

Es pertinente comentar que la facultad de la CNIE para autorizar “nuevos establecimientos”, debe interpretarse en el sentido de que son aquéllos que crean las empresas ya instaladas en el país, fue añadida por el Senado de la República, como puede observarse en el *Diario de*

los Debates (Tomo III, número 2) correspondientes a los días 1 y 2 de febrero de 1973.

El Senado basó la propuesta, que posteriormente se incluyó en la LIMRE, en el concepto de "establecimiento" que se contiene en el artículo 16 de la Ley Federal del Trabajo. El nuevo Reglamento lo incluyó en sus definiciones.

D) Autorizar actos por medio de los cuales la administración de una empresa recaiga en inversionistas extranjeros (artículo 8 párrafo segundo, primera parte).

Es de mencionarse que hasta donde tenemos conocimiento la CNIE no ha expedido una autorización específica de esa naturaleza.

E) Si se trata de empresas mexicanas ya establecidas, para autorizar y negar la IED consistente en adquisiciones de empresas, de capital, activos fijos o el arrendamiento de ellas o de sus activos esenciales, "cuando ello sea conveniente para los intereses del país". (Artículo 8 párrafo III).

Para fijar "los porcentajes y condiciones conforme a los cuales se recibirá la IED en aquellos casos concretos que por circunstancias particulares ameriten un tratamiento especial" (artículo 12 fracción II).

Esta facultad constituye una suerte de "Cláusula de escape" que se le ha otorgado a la CNIE para utilizar su arbitrio en forma todavía más amplia.

G) Para resolver sobre el aumento o la disminución del 49% de la Inversión Extranjera en el capital de sociedades que se constituyen "cuando a juicio de la Comisión sea conveniente para la economía del país" (artículo 5 párrafo III), y "siempre que no existan disposiciones legales o reglamentarias que exijan un porcentaje determinado" (artículo 12 párrafo I), y para "fijar las condiciones conforme a las cuales se recibirá en casos específicos la IED" (artículo 5 párrafos III y XII/artículo 12 fracción I *in fine*).

H) Para dictar resoluciones respecto a permisos que otorgue la Secretaría de Relaciones Exteriores "para la adquisición de bienes inmuebles por extranjeros y para la constitución y modificación de sociedades" (artículo 17 *in fine*).

I) Para fijar los criterios y procedimientos conforme a los cuales resuelva dicha Secretaría solicitudes de constitución de fideicomisos, "cuyo objeto sea la realización de actos regulados por la LIE" (artículo 19 *in fine* y 2 fracción II LIE).¹⁴

¹⁴ BARRERA GRAF. *op. cit.*, pág. 173.

Este amplio conjunto de facultades, varias de carácter discrecional, ha permitido a la CNIE formular las políticas de acuerdo a las circunstancias de la realidad nacional, así como resolver los casos concretos que se someten a su consideración.

La CNIE ha utilizado cabalmente sus atribuciones, lo que ha posibilitado que enfrente la difícil tarea de propiciar el ingreso de la IED al país, bajo el estricto y cabal cumplimiento de los objetivos de desarrollo fijados en los Planes y Programas expedidos por el Gobierno Federal.

La CNIE ha coordinado la acción de las dependencias del Ejecutivo Federal formulando una política uniforme y permanente, basada en la concertación y el acuerdo de todas ellas, del propio sector privado y fundada en el análisis del entorno internacional y de las condiciones prevalecientes en el país.

7. *Las facultades discrecionales de la CNIE*

“El régimen legal de inversiones extranjeras se basa en las disposiciones generales de la legislación misma, es decir, de la LIMRE a las que se añaden las del Reglamento de la Ley publicado en el Diario Oficial del 16 de mayo de 1989 (en lo sucesivo RLIMRE), en las atribuciones expresamente conferidas por la Ley a la CNIE (vgr. artículo 25 último párrafo de la LIMRE) y en las facultades discrecionales que la Ley concede a la Comisión para resolver casos específicos, e inclusive como ha quedado dicho, situaciones generales, a través de autorizaciones y resoluciones (artículo 12 de la LIE principalmente”.¹⁵

Cuando en 1973 se expidió la LIMRE, juristas mexicanos y extranjeros expresaron preocupación porque su artículo 12 otorgaba a la CNIE un alto grado de discrecionalidad, que temían podría traer como consecuencia una aplicación arbitraria de dicho ordenamiento, en perjuicio de los inversionistas foráneos, a los cuales ya de por sí se les concebía como discriminados, dado que se les otorgaba un trato diferente que el que se otorgaba a los mexicanos.

Esta preocupación, sin duda legítima, dado que el régimen jurídico de la IED en México representa una carga para la propia IED, se debió más que al elemento “discrecional”, a la novedad del régimen de regulación de la IED establecido por la legislación y ha ido menguando conforme pasa el tiempo, aunque como se ha dicho, todavía existen voces de dentro y de fuera que sostienen la tesis de que la excesiva discrecionalidad de la que está dotada la CNIE afecta el ingreso de mayores flujos de IED al país, cuestión que se afirma pero que no

¹⁵ BARRERA GRAF *op. cit.*, p. 172.

se demuestra ni podría probarse dado que los niveles de flujo de IED responden a múltiples factores, de entre los cuales el determinante es a nuestro juicio el mercado.

Por otra parte, los hombres de empresa mexicanos se percataron de los beneficios que podrían recibir mediante la adecuada aplicación de las disposiciones legales tendientes a proteger a sus industrias de un posible desplazamiento por parte de la IED, aunque implicara, de alguna manera, una ingerencia del Estado en sus actividades, por lo que poco a poco se fueron convenciendo de las bondades de la LIMRE.

Además, dicho sea de paso, durante la vigencia de la LIMRE hasta diciembre de 1988, no ha habido controversias jurídicas importantes en cuanto a su interpretación, con la sola excepción del problema de afectación a los intereses de empresas nacionales quejándose de desplazamientos por la participación de la IED en determinados sectores o ramas de la actividad económica, las cuales se han presentado en escaso número, pero han sido de indudable trascendencia.

Nos detendremos en el tema de la discrecionalidad, por ser crucial para la cabal comprensión de la regulación jurídica de la IED que estamos analizando, no sin antes subrayar el esfuerzo que ha venido realizando el propio Gobierno para limitarla. El RLIMRE es un buen ejemplo de esa tendencia a una regulación más transparente.

El artículo 12 de la LIMRE que se glosó en el epígrafe precedente al disponer que la CNIE “resolvera” sobre el aumento o disminución del porcentaje de la IED y sobre las “condiciones” conforme a las que habrá de recibirse, indudablemente otorga *facultades discrecionales* a dicha Comisión.

7.1. La discrecionalidad

Ahora bien, las facultades discrecionales no existen de manera exclusiva en la LIMRE, sino que se han otorgado a distintas autoridades en otros ordenamientos. Como señaló Fernando Estavillo, en materia de transferencia de tecnología, “su ejercicio por la autoridad competente, es en esta materia un hecho no sólo fortuito, sino conveniente. En un campo caracterizado por la multitud de factores que intervienen en la negociación de los respectivos contratos, la simple aplicación de fórmulas kelsenianas llevaría a soluciones no sólo insuficientes, sino a menudo nocivas”.¹⁶

¹⁶ Fernando ESTAVILLO CASTRO. *Comentarios sobre el problema de la confidencialidad en la transferencia de tecnología*, en *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. No. 6, México, julio de 1974, p. 137.

Estamos de acuerdo con el parecer de Estavillo en cuanto a la conveniencia de que se otorguen facultades discrecionales a la autoridad administrativa, en materia de regulación de la transferencia de tecnología y como el ámbito del régimen jurídico de la IED es similar, su argumento es válido para éste, aunque ello no le resta problemas espinosos a su extensión en primer término y también a su ejercicio en la práctica, cuando se llegan a conceder en grado excesivo. Tenemos la convicción de que ese no es el caso de estas legislaciones.

Por otra parte hay que admitir que la aplicación de las facultades discrecionales puede facilitar la corrupción, arbitrariedad o torpeza de las autoridades. De ahí que, en definitiva, nos inclinamos por el establecimiento de un sistema "intermedio" que las provea de ciertas facilidades para usar el arbitrio, pero proporcione también indicaciones claras sobre cómo deben utilizarlo y *fije límites a su acción*.

Los observadores unánimemente destacan el hecho de que en las materias propias al Derecho Económico se manifiesta una *declinación del derecho* en provecho de poderes discrecionales de la Administración, a menudo justificada por pretendidas necesidades vinculadas a la naturaleza económica de los controles¹⁷

Como juristas, debemos oponernos a toda declinación del Derecho. Sin embargo, ya confesamos que las facultades discrecionales son necesarias en estos ámbitos.

¿Cómo podemos conciliar estas situaciones? Estudiando las facultades discrecionales, con el propósito de determinar su naturaleza jurídica y alcances, así como para intentar fijar límites a su utilización por la Administración.

7.2. *Su justificación filosófica: alcances y límites*

Desde el punto de vista filosófico, ha dicho con toda razón Bodenheimmer que: "La tarea de la justicia distributiva es decir, de la legislación, es proveer a una justa asignación y distribución de derechos y poderes entre los ciudadanos. Esta asignación de derechos y poderes — mantiene Aristóteles no debe dejarse a la discreción personal de las autoridades gobernantes. Debe lograrse mediante reglas jurídicas generales".¹⁸ Es evidente, por ello que: "el régimen de Derecho significa en primer lugar el predominio del derecho regular opuesto a la in-

¹⁷ Gerard FARJAT. *Las enseñanzas de medio siglo de Derecho Económico*, en el libro de varios autores, *Estudios de Derecho Económico*, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1977, p. 40 y 41.

¹⁸ Edgar BODENHEIMER. *Teoría del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, 3a. Edición en Español, México, 1964, p. 68.

fluencia del poder arbitrario y excluye la existencia de la arbitrariedad, la prerrogativa e incluso de una amplia autoridad discrecional por parte del gobierno".¹⁹

No es fácil establecer una frontera clara y determinante entre los conceptos citados, por ejemplo, saber si hay "amplitud" o "exceso" en la concesión de facultades discrecionales a la autoridad, aunque aún en este último extremo siempre les queda a los particulares la posibilidad de acudir a los recursos previstos en el propio sistema jurídico para oponerse a tal otorgamiento, o combatir su inadecuado ejercicio.

"Lo que es arbitrario y, por consiguiente, el lugar donde deben trazarse los límites de las facultades discrecionales, depende de la escala de valores humanos que esté consagrada en el sistema jurídico contemporáneo".²⁰ De nueva cuenta, hay que admitir que en la práctica esa escala axiológica también resulta de difícil precisión, aunque todos los autores reconozcan que la justicia, el orden y la paz, la certeza y la seguridad jurídica sean fines propios del Derecho que recoge los valores que dicho instrumento pretende realizar.

Una definición bastante amplia de la discrecionalidad es la que proporciona Friedman, cuando afirma que: "En la gran mayoría de los casos, un cuerpo administrativo ejerce poderes que le son conferidos de buena fe por la Ley, sin discriminación, para un fin público".²¹

Es importante subrayar aquí que la facultad discrecional se identifica con la concesión de un poder para la acción, pero *dentro* del sistema jurídico y ésta es una característica que se encuentra en el resto de las conceptualizaciones.

Cuando se otorga una facultad discrecional a la autoridad administrativa, no se le está haciendo entrega de un poder omnímodo. En efecto, siguiendo a Bonnard, "hay poder discrecional para la autoridad, cuando la Ley o el reglamento dejan a la Administración un *poder libre de apreciación* para decidir si debe obrar o abstenerse, en qué momento debe obrar, cómo debe obrar y qué contenido va a dar a su actuación".²² Por "poder libre de apreciación" podemos entender que la determinación se le deja a su criterio o a su arbitrio.

Añade el maestro Fraga que "esa facultad debe distinguirse del poder arbitrario, pues mientras éste presenta la voluntad personal del

¹⁹ A. V. DICEY, citado por BODENHEIMER, *op. cit.*, p. 119.

²⁰ W. FRIEDMAN, *El Derecho en una Sociedad en Transformación*. Fondo de Cultura Económica, la. Edición en Español, México, 1966, p. 371.

²¹ FRIEDMAN, *op. cit.*, p. 374.

²² BONNARD, citado por Gabino FRAGA, *Derecho Administrativo*, 9a. edición, Editorial Porrúa, S. A. México, 1962, p. 99.

titular de un órgano administrativo, que obra impulsado por sus pasiones, sus caprichos o sus preferencias, aquélla, aunque constituye *la esfera libre de la actuación de una autoridad* tiene un origen legítimo, como es la autorización legislativa y un límite que en el caso extremo en que no esté señalado en la propia Ley o implícito en el sistema que ésta adopta, existe siempre en el interés general que constituye la única finalidad que pueden perseguir las autoridades administrativas".²³

El bien común es el valor que busca realizar el Estado y sus autoridades deben encaminar su esfuerzo a alcanzarlo, pero en ocasiones los gobernantes no hacen lo que postulan las normas y no cumplen con el "*deber ser*" sino que intencionalmente o por omisión se apartan de los fines del Derecho y del propio Estado, de ahí que no se entusiasmen los particulares con la existencia de múltiples facultades discrecionales que se otorgan a éstos.

Según Acosta Romero

Consiste en la facultad que tienen los órganos del Estado para determinar su actuación o abstención y, si deciden actuar, qué límite le darán a su actuación, y cuál será el contenido de la misma: *es la libre apreciación* que se le da al órgano de la Administración Pública, con vistas a la oportunidad, la necesidad, la técnica, la equidad, o razones determinadas, que puede apreciar circunstancialmente en cada caso, todo ello, con los límites consignados en la Ley.

La Ley debe ser siempre la que la otorgue, y sus límites son los que la propia Ley señala a la autoridad.

En un Estado de Derecho, se considera que las facultades de los funcionarios deben estar previstas en la Ley, y aun cuando la facultad discrecional implica diversas posibilidades dentro de cierta apreciación, ello no quiere decir que esté al margen de la Ley, pues precisamente es la norma jurídica la que da base, contenido y límites a la actuación discrecional del órgano administrativo.²⁴

En efecto, nada hay por encima de la Ley y hay que asegurar su imperio para vivir en el orden y la paz que sólo el Sistema Jurídico puede brindar. Si alguna fuerza se admite es la de la propia Ley y no la de los hombres.

El fundamento jurídico para el otorgamiento de facultades discrecionales a la Administración Pública, es la presunción de que la autoridad, al tener como meta la satisfacción de las necesidades colectivas, actúa conforme a Derecho. Así Hauriou manifiesta que "cuando el poder discrecional se otorga a la Administración Pública, cumple una misión especial y distinta: la de capacitarla para que asuma un papel

²³ FRAGA. *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 99 *in fine* y 100.

²⁴ MIGUEL ACOSTA ROMERO. *Teoría General del Derecho Administrativo*, 3a. edición, Editorial Porrúa, México, 1979, pp. 436-437.

directivo, activo, para una mejor satisfacción de las necesidades sociales".²⁵

Se trata de una presunción *juris tantum* de las que admiten prueba en contrario, pero que como tal, es decir, como una presunción, es válida. Son más los casos en que los funcionarios se ajustan a lo mandado por la norma que el supuesto contrario.

Es muy importante considerar que "como la Administración Pública actúa a través de órganos que no buscan la persecución de ningún interés que a ellos incumba directamente, sino la satisfacción de una necesidad común, debe admitirse que en la generalidad de los casos no tienen motivo para actuar en contra de la norma jurídica y aceptarse, salvo prueba en contrario, que el órgano del Estado obra de acuerdo con la Ley".²⁶

Para terminar ésta ya larga exposición doctrinaria sobre el tema, citaremos al desaparecido jurfilósofo Recaséns Siches quien al distinguir entre lo discrecional y lo arbitrario, justifica la existencia de las facultades discrecionales cuando están sometidas al imperio de la Ley.

No debemos confundir el mandato arbitrario con la resolución discrecional, de la que tan abundantes ejemplos hay en la vida del Derecho, y la cual muchas veces es recomendable y sirve a una mejor justicia.

En lo arbitrario se da un mero capricho, que no responde a ninguna regla ni a ningún principio general. En cambio, el poder discrecional de muchos órganos del Derecho —jueces, funcionarios administrativos, etc.— está sometido a normas tan inviolables como las reglas taxativamente determinadas. Lo que sucede es que algunas veces las normas jurídicas formuladas —Ley, reglamento, etc.— en atención a la complejísima variedad de factores que intervienen en determinadas relaciones, en lugar de prever taxativa y minuciosamente la solución que se debe dar a cada tipo de caso, confían a una autoridad la misión de que ante cada situación relacione con los elementos particulares o singulares de ésta unos principios o criterios generales y de tal manera obtenga la solución adecuada.²⁷

Para varios autores hay grados en la discrecionalidad que van desde el menor que es cuando al funcionario se le autoriza a usar su arbitrio pero nada más, como cuando se autoriza al juez imponer la pena cor-

²⁵ HAURIQU, citado por Antonio CARRILLO FLORES, *La Justicia Federal y la Administración Pública*. 2a. edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1977, p. 70.

²⁶ CARRILLO FLORES *op. cit.*, p. 75.

²⁷ Luis RECASÉNS SICHES, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, S. A., 1a. edición, México, 1970, p. 109.

poral de prisión seleccionando el plazo entre un máximo y un mínimo hasta el más alto que es cuando se estipula en la legislación que cierta determinación debe quedar "a juicio" de la autoridad. Se señaló antes y ahora se insiste en indicar que la discrecionalidad no debe ser exagerada.

Las necesidades que pretende satisfacer la LIMRE son de la mayor trascendencia para el país. Trátase, entre otros objetivos, de reactivar la economía nacional al promover la IED, pero en forma complementaria a los esfuerzos que realiza la industria nacional. De ahí que el otorgamiento de facultades discrecionales a la autoridad administrativa resulte conveniente tanto por razones prácticas, es decir, para enfrentar la variedad y complejidad de los casos como jurídicas, porque implica la posibilidad de usar el arbitrio, dentro de los márgenes previstos en forma amplia por el artículo 13 de la propia LIMRE.

Al analizar el tema de si se otorgó un margen muy amplio de discreción a la CNIE debe tomarse en cuenta que ésta no puede obrar caprichosamente, pues sus actos, como los de cualquier autoridad administrativa en el sistema jurídico nacional, están sujetos a control jurisdiccional por la vía del juicio constitucional de garantías.

Es fácil criticar la existencia de facultades discrecionales concedidas a diversas autoridades administrativas, pero difícil todavía comprobar que su existencia ocasiona un daño al interés general y el máximo grado de dificultad se presenta cuando se trata de sustituirlas con normas rígidas de supuestos precisos e inexorables consecuencias.

Por otra parte el artículo 12 de la Ley no debe interpretarse aisladamente, tal como lo aconseja la Hermenéutica Jurídica, sino en relación con el resto de los preceptos que la integran y, además, los del nuevo Reglamento y las propias Resoluciones Generales de la CNIE.

Es importante destacar aquí que el artículo 13 de la LIMRE establece los criterios que debe aplicar la CNIE y como nuestro sistema jurídico es de atribuciones expresas para la autoridad, ya que al carecer de ellas no podrá actuar, resulta que la CNIE, al evaluar los proyectos concretos de la IED tendrá que tomar en consideración y aplicar expresamente los criterios que le fija imperativamente el artículo 13 citado, con las prioridades que le ha asignado el RLIMRE.

8. Funcionamiento de la CNIE

La Comisión no funciona como un cuerpo colegiado que adopta decisiones a través de votación de sus miembros, sino que cada Secretaría de Estado en él repre-

sentada, resuelve los casos que son de su competencia conforme a la legislación relativa.²⁸

Aunque este comentario resulta jurídicamente fundado, al apoyarse en lo dispuesto por el artículo 8 de la LIMRE, desde el punto de vista de la actividad real que desempeña la CNIE, ésta funciona como un cuerpo colegiado deliberativo y con poder de decisión. La apreciación de Gomez Palacio, atiende al lenguaje que utilizó el legislador, en el sentido de respetar la jurisdicción de cada una de las dependencias del Ejecutivo, derivada de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, pero en la práctica como éstas forman parte de la propia Comisión, o se les consulta en su carácter de "cabezas de sector" (artículo 26 de la LIMRE) la verdad es que la CNIE delibera y adopta determinaciones que obligan a las Secretarías de Estado que la integran y hasta al resto de las mismas.

La opinión de la Secretaría a cuya competencia corresponde el asunto de que se trata es vertebral y suele ser determinante, pero nada obsta para que sea controvertida en el seno de la CNIE, e inclusive pueda lograrse que cambie con motivo de la discusión. De hecho, ésto ha llegado a ocurrir frecuentemente en la práctica, en los asuntos que le corresponden a SECOFI, que son la mayoría de las que atienden la CNIE.

La verdad es que, al menos en los últimos años, a los proyectos de dictamen que somete la DGIE al seno del Comité de Representantes, difícilmente se les cambia de sentido, es decir, que este órgano de la CNIE suele adoptar la orientación que la Secretaría Ejecutiva le da al asunto (a cuyo nombre prepara el análisis costo-beneficio de la DGIE) pero en cambio es frecuente que sugiera alteraciones en las "condiciones" de aceptación, es decir, en los programas de compromisos y metas que se le fijan a la IED.

A partir de la expedición de la R. G. número 1, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 21 de junio de 1989, se ha transformado radicalmente el funcionamiento de la CNIE, ya que dicha Resolución establece un procedimiento expédito para que la propia Comisión emita resoluciones específicas, respecto de los casos concretos, que consiste en que el Secretario Ejecutivo "someterá a consideración de los Secretarios de Estado que la integran y de las que tengan competencia en la materia de los asuntos sobre las que deban emitirse las resoluciones específicas, las correspondientes propuestas".

²⁸ GÓMEZ PALACIO *op. cit.*, p. 152.

“Las Secretarías de Estado deberán emitir el voto correspondiente dentro de los 5 días hábiles contados a partir del día en que les sean sometidos a su consideración los asuntos sobre los que deban emitir resoluciones específicas. Transcurrido el plazo señalado sin que las Secretarías de Estado formulen objeciones o emitan y comuniquen al Secretario Ejecutivo el voto correspondiente, se considerará que han emitido voto favorable a la propuesta formulada por el propio Secretario Ejecutivo.

Este nuevo procedimiento suprime la necesidad de que la CNIE celebre reuniones periódicas pudiendo darse ahora la comunicación por escrito y de esta suerte adoptarse la correspondiente resolución. Ciertamente es expedito el procedimiento y forzará a la acción inmediata de parte de las dependencias del Ejecutivo Federal.

Nada dice la R. G. número 1 respecto a las consecuencias del voto negativo de una Secretaría o varias o inclusive de la cabeza de sector. Era práctica administrativa consistente de la CNIE que las determinaciones se adoptaran por consenso a través de la discusión y negociación, aunque jamás se ha sostenido que se requiere la unanimidad, ya que resultaría jurídicamente erróneo, pues no está establecida por la legislación. Es obvio que las determinaciones pueden adoptarse, como en cualquier otro órgano colegiado, por mayoría de votos.

Finalmente esta R. G. exige que el Secretario Ejecutivo turne un informe mensual a la CNIE sobre las resoluciones específicas emitidas conforme a este procedimiento.

La LIMRE, en su artículo 11, segundo párrafo, prevé que las sesiones serán presididas rotativamente, conforme al orden en que las Secretarías de Estado se anuncian en el primer párrafo del precepto aludido, por el titular de las mismas. Sin embargo, crea confusión cuando agrega “que se encuentre presente”. Aparentemente se indica, que si el titular de la Secretaría a la que corresponde presidir no se encuentra presente, la presidencia pasará al titular de la siguiente Secretaría enunciada, hasta llegar al que se encuentre presente, pero en todo caso deberá ser presidida por un titular de una de las Secretarías enunciadas”.²⁹

Este orden de precedencia ha sido ratificado por el artículo 80 del RLIMRE que enuncia a las Secretarías de Estado que son integrantes de la CNIE conforme al mismo, con el añadido de que se deberá invitar a participar en las sesiones de la Comisión a aquellas Secretarías que tengan competencia en los asuntos a tratarse”.

Al haberse ocupado la LIMRE de detallar la organización de la CNIE, así como los requisitos que debe satisfacer en el desempeño de

²⁹ GOMEZ PALACIO, *op. cit.*, p. 152.

sus funciones, sus preceptos han resultado inadecuados, y fueron rebasados por la realidad, porque no es función de una Ley descender a los "programas de acción" específicos de los órganos que crea, ni ordenarles anticipadamente cómo los deben atender, sino establecerlos y dejar que ellos mismos determinen la organización de sus actividades, conforme a las facultades legales de que están investidos, y las lleven a la práctica en estricto apego a la Ley, pero sin excederse a prever las formas de hacerlo.

La LIMRE exige que esté presente un Secretario de Estado para que la presida, es decir, pretende forzar la asistencia de alguno o algunos de los titulares a las sesiones ordinarias de la CNIE. Desde la creación de dicho órgano este mandato ha ocasionado problemas y no siempre se ha logrado la asistencia cabal de tan importantes personas de la Administración Pública, porque se trata de una exigencia exagerada y la realidad ha cavado vías debajo de la norma, que ha quedado incumplida, siendo substituida por prácticas administrativas que aun cuando están al margen de la legislación, son las que han permitido operar a la Comisión.

No quiera ver en esto el lector acucioso un "solapar" la infracción a la Ley, porque no es así. No justificamos el que haya ocurrido. Como juristas, nunca podríamos aprobar el quebranto de la normativa jurídica. Simplemente se explica el porqué ocurrió este desaguisado y se sugiere que se revise la disposición legal para adecuarla a los requerimientos de la *praxis* y que, de esta suerte, la autoridad en el futuro actúe dentro del marco jurídico. Afortunadamente el RLIMRE se ocupó ya de resolver la problemática en sus artículos 80 al 86.

Por otro lado, la LIMRE no prevé el quorum de asistencia necesario para que la Comisión pueda sesionar. Al respecto consideramos que para que la Comisión pueda sesionar, deberán estar presentes, por lo menos, un Secretario de Estado que la presida y además tres Subsecretarios de otras Secretarías de Estado, actuando como suplentes designados por los respectivos titulares. De esta manera, estarán representadas al menos cuatro de las siete Secretarías que integran la Comisión". Por su parte Barrera Graf indica que "sus integrantes deben actuar de acuerdo con el principio de la mayoría de votos, es decir el voto de cuatro de sus miembros cuando menos, configura acuerdos válidos y vinculatorios para todos ellos, e implica la voluntad misma de la Comisión."⁵⁰

Estos comentarios resultan atinados y estamos totalmente de acuerdo con la interpretación jurídica que sugieren, aunque como se ha dicho, no es estrictamente de esa manera como ha funcionado la

⁵⁰ GOMEZ PALACIO, *op. cit.*, p. 152 y BARRERA GRAF, *op. cit.*, p. 156.

CNIE en la práctica, ni como se prevé que lo haga en la actualidad, en atención al procedimiento expedito previsto en la R. G. número 1.

Organización y funcionamiento de la CNIE en la practica

Según Gómez Palacio,

El procedimiento de actuación de la Comisión antes mencionado, no es el más atinado, y por ello, mucho ayudaría una reforma de la LIMRE que viniera a establecer un mecanismo más sencillo y práctico, dada la necesidad de contar con un instrumento de mayor operatividad y eficiencia.³¹

Un sabio comentario, ya que estamos de acuerdo en que se requiere reformar la LIMRE para recoger una mejor estructura orgánica de la CNIE que responda a la realidad. Sin embargo, el problema básico de la CNIE no es de carácter procedimental, sino más bien estructural, como se pone de manifiesto al observar sus prácticas administrativas. El LIMRE lo ha enfrentado al crear al Comité de Representantes en su Artículo 84 y dotarlo de amplias facultades en el numeral 85.

La CNIE trabajó a lo largo de los 15 años que lleva de existir, en tres niveles bien definidos: lo ha hecho cuando han sesionado sus titulares, es decir los Secretarios de Estado, que a lo largo de la vida institucional de la Comisión, han fijado los lineamientos de política y establecido los criterios para la admisión de la IED en México; también han sesionado los suplentes, es decir, la Comisión se ha integrado válidamente con la presencia de Subsecretarios designados por los Titulares, que se han esforzado por aportar elementos a las políticas; y finalmente, el llamado "Comité de Representantes" ha sesionado regularmente para atender los casos ordinarios sometidos a consideración de la Comisión y en las juntas de Titulares, la Comisión ha aprobado el trabajo realizado por este Comité, que está formado por representantes de las Secretarías de Estado a nivel de Directores Generales y cuya existencia recogió el Artículo 84 del RLIMRE.

Otro asunto importante es el de la exigencia del Artículo 11 de la LIMRE en el sentido que la CNIE deberá reunirse cuando menos una vez al mes, ya que "esto ha dejado de cumplirse; de hecho, la Comisión se reúne sin periodicidad alguna, e inclusive indebidamente, sin reunión efectiva se adoptan los acuerdos y resoluciones y estampan su firma los Secretarios o Subsecretarios de Estado en un documento que les envía al Secretario Ejecutivo de la Comisión y que previamente ha discutido con ellos".³²

³¹ GÓMEZ PALACIO, *Op. cit.*, pág. 152.

³² BARRERA GRAF, *Op. cit.*, pág. 155.

Efectivamente estos hechos que critica la doctrina han llegado a ocurrir y aunque en la Administración 1982-1988 se hizo un esfuerzo por corregirlos, habiéndose logrado que el Comité de Representantes sesionara mensualmente, es decir, cumpliendo el mandato legal, sigue siendo necesario establecer una adecuada periodicidad de las sesiones para los distintos niveles operativos de la CNIE a nivel de la Ley de la materia.

Cuando la Administración decida proponer al Congreso de la Unión la adopción de reformas legislativas convendría realizar un nuevo esfuerzo para revisar la estructura de la Comisión, recogiendo estos elementos de la práctica administrativa que ya el Reglamento regula, para incorporarlos a la legislación y dotar de plena validez jurídica a los diversos niveles operativos de la CNIE. Porque ello es más realista que seguir manteniendo una estructura normativa que no responda a los requerimientos de la práctica. Conviene que la CNIE se diversifique en atención al tipo y naturaleza de los asuntos que debe atender.

A pesar de la existencia del RLIMRE y de la R.G.I., es necesario que se considere la posibilidad de expedir un Reglamento Interior de la CNIE, que defina los aspectos procedimentales y constituya el marco para una acción jurídicamente institucional de la propia Comisión.

10. Procedimiento para la emisión de resoluciones específicas por parte de la CNIE.

De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 15 de la LIMRE, las solicitudes para autorizaciones que debe expedir la CNIE, se presentarán y tramitarán por conducto de la Secretaría Ejecutiva de la CNIE y las resoluciones que en su caso dicte la propia Comisión se turnarán a las Secretarías de Estado que correspondan.

Este precepto de la legislación de la materia, ha sido explicado y detallado por el Artículo 2o. del RLIMRE, que alude al trámite de las solicitudes que presentan los particulares ante la SECOFI y que deba ser objeto de resolución específica previa por parte de la CNIE, tema que se abordó ampliamente en el capítulo anterior (*Infra*).

11. Naturaleza de las determinaciones que adopta la CNIE

Se pregunta Gómez Palacio si las decisiones que adopta la Comisión sientan precedente para ella misma, con base en el principio de dere-

cho de que a casos iguales, deben darse soluciones iguales.³³ El propio autor resuelve esta interrogante afirmando que la Comisión no está obligada al respeto irrestricto de sus precedentes. A lo que está jurídicamente vinculada la Comisión, añadimos nosotros, es a aplicar los criterios establecidos en el Artículo 13 de la LIMRE, con las prioridades que les asigna el Artículo 82 del RLIMRE, en el sentido de tomar especialmente en cuenta sus fracciones I, III, IV, IX y XII.

No obstante lo anteriormente expresado sobre la fuerza legal de las determinaciones de la CNIE, la Administración 1982-1988 estableció el Sistema de Información sobre Precedentes en materia de Resoluciones Específicas (SIPRE) que, si bien no los convierte en obligatorios, los estructuró para que pudieran ser consultadas por los particulares y las autoridades.

También hay que mencionar que el Artículo 23 fracción V de la Ley de la materia, exige que las Resoluciones Específicas de la CNIE se incriban en el RNIE. Por desgracia se reconoce que hasta ahora la CNIE no cumplió con lo dispuesto por este precepto y, como se ha dicho, el RLIMRE suprimió esta exigencia.

La CNIE a nivel de Titulares, en su Sesión del 22 de Febrero de 1988, acordó establecer el Sistema de Información sobre Precedentes en materia de Resoluciones Específicas, conocido por sus siglas como SIPRE, precisamente para cumplir con lo dispuesto en el precepto legal invocado, pero se reconoce que este Sistema apenas se logró poner en marcha con la compilación de las decisiones dictadas por la CNIE correspondientes a la Administración 1982-1988, que implicó el sistematizar más de 1500 resoluciones, y aún este trabajo no pudo concluirse.³⁴ La actual Administración, 1988-1994, no se ha pronunciado oficialmente respecto del SIPRE, por lo que parece que este esfuerzo quedará incompleto.

12. Facultades del Secretario Ejecutivo de la Comisión

El último párrafo del Artículo 11 de la LIMRE, se refiere a que la CNIE estará representada por un Secretario Ejecutivo que será designado por el C. Presidente de la República. Esta función de representación se ha concebido como de carácter auxiliar para la CNIE.

³³ GOMEZ PALACIO. *Op. cit.*, pág. 157.

³⁴ Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, Marco Jurídico y Administrativo de la IED en México, México 1988, pág. 108 a 113.

La legislación de la materia no establece los requisitos a satisfacer por la persona que pudiera ser designada para desempeñar el cargo de Secretario Ejecutivo.

El Artículo 14 de la LIMRE, determina las atribuciones de la Secretaría Ejecutiva de la CNIE: que se refieren a la representación de la CNIE, la ejecución de sus resoluciones; y otros temas que son: fijar normas para la organización, administración y el funcionamiento de la Secretaría Ejecutiva, nombrar al personal administrativo y técnico, realizar los estudios que le encomiende la Comisión; formular el proyecto de presupuesto anual de la Comisión y una obligación que consiste en que debe rendirle un informe anual de actividades a ésta.

El artículo 86 del RLIMRE, a su vez, dispone que al Secretario Ejecutivo le corresponde ejecutar las facultades que la ley le confiere “y las que le señale la Comisión”. Esta última frase empleada en el texto de la norma reglamentaria sirve de fundamento jurídico para que la CNIE le otorgue nuevas atribuciones y le encomiende tareas específicas. Añade este mandato que el Secretario Ejecutivo contará con el auxilio del Secretario Técnico.

Las facultades de la Secretaría Ejecutiva de la CNIE, se han venido ampliando por decisión de la propia Comisión, y lo que empezó como un modesto órgano de representación, se ha convertido en uno decisivo, investido de múltiples atribuciones que se le delegaron a través de sucesivas Resoluciones Generales. Este hecho ha respondido, a las necesidades de la práctica administrativa en el despacho de los asuntos que son competencia de la CNIE.

La Comisión se fundó en el Artículo 14 fracción VIII de la LIMRE para delegarle facultades al Secretario Ejecutivo y el propósito obvio de esta delegación, ha sido agilizar los trámites administrativos, lograr que puedan resolverse con mayor celeridad las solicitudes que se someten a consideración de la CNIE.

Según Gómez Palacio, la Comisión carece de facultades para delegar las atribuciones que por Ley posee en favor del C. Secretario Ejecutivo y por lo tanto, impugna las delegaciones que ha venido haciendo en favor de dicho funcionario. No estamos de acuerdo con el parecer de Gómez Palacio. La Comisión puede traspasar a su representante, a su órgano auxiliar que es la Secretaría Ejecutiva, la realización de una serie de tareas que ella tiene encomendadas, con tal de que conserve la facultad de vigilar el ejercicio de las atribuciones delegadas por el mandatario y de que no renuncie a su potestad o imperio de resolver los casos concretos porque ella es la autoridad suprema en materia de IED.

En otras palabras, la CNIE no puede delegar todas las facultades que la LIMRE le otorga, especialmente las decisorias, sino sólo aquellas de carácter administrativo y reservándose la de revisar lo que hace la Secretaría Ejecutiva, además de llevar a cabo dicha delegación a través de mandatos concretos y específicos, como son las Resoluciones Generales. El Artículo 86 del RLIMRE, ha aclarado en definitiva este tema al disponer que la Secretaría Ejecutiva tendrá también las facultades que le señale la CNIE.

Es necesario que en el futuro la Comisión regule de manera más completa las facultades y limitaciones para la acción del Secretario Ejecutivo a través de una Resolución General, o mejor aún, como antes se sugirió, a través de su Reglamento Interior.

13. Principales críticas al funcionamiento de la CNIE

Una crítica fundada de la doctrina nacional, a la forma como ha venido operando la Comisión, es la de que la legislación de 1973, fue demasiado detallada respecto de las características de su estructura y funcionamiento, de tal suerte que no se ha logrado cumplir con lo previsto por la LIMRE en la práctica. El RLIMRE y las R. G.s vigentes resuelven la problemática sólo en parte.

La CNIE es un órgano de alto nivel político, y la ley dispuso que debería sesionar una vez por mes. Desde su establecimiento en 1973, ha habido dificultades para que se reúna con el nivel que exige la Ley y con la frecuencia que dispone que lo haga.

Hubo un "idealismo" excesivo por parte del legislador o una visión utópica. A los Secretarios de Estado, debido a la muchedumbre de sus responsabilidades, no les es posible concurrir a una sesión mensual de una de las varias Comisiones en las que tienen que participar. Lo mismo sucede respecto de los Subsecretarios.

De esta suerte, al reseñar la evolución que ha sufrido este órgano de la Administración Pública Mexicana, se reconoce que al inicio se intentó cumplir con lo establecido por la LIMRE y durante los primeros años la Comisión se reunió a nivel de Secretarios y Subsecretarios en calidad de Titulares y Suplentes, pero poco a poco esto dejó de ir ocurriendo, mientras la práctica administrativa hizo surgir un Comité de Representantes desprovisto de jurisdicción para desahogar los asuntos, pero que en la realidad enfrentó las tareas que por Ley competen a la Comisión.

El Comité de Representantes se reúne con la periodicidad que demandan las circunstancias y lo ha venido haciendo regularmente e

inclusive sesiona cada mes, como lo ordena la Ley, pero ha tropezado con el escollo de carecer de base jurídica para existir y, desde luego no basta que los Titulares reconozcan su existencia o que aparezca en los documentos oficiales. En el supuesto de que sus actos fueran impugnados, la Comisión como tal tendría que respaldarlos. Los Artículos 84 y 85 del RLIMRE lo dotaron de existencia legal, pero la mejor solución desde el punto de vista jurídico, sería que la propia Ley lo reconociera.

En lo que toca a la expedición de las Resoluciones Generales, convendría que la facultad con la que cuenta la Comisión para formularlas, se aclarara y precisara y en la LIMRE, de tal suerte que no quede duda alguna sobre el papel regulatorio que por naturaleza le corresponde a la CNIE, ya que es indispensable que continúe emitiendo las Resoluciones Generales que han constituido un instrumento fundamental para la aplicación de la política en materia de IED en el país.

14. Servicios que presta la CNIE a los inversionistas nacionales o extranjeros.

Resolver conforme a los términos de la ley de la materia sobre las siguientes solicitudes que se sometan a su consideración:

- a) Constitución de nuevas sociedades.
- b) Ingreso a nueva actividad económica o a nuevas líneas de producto.
- c) Apertura y relocalización de establecimientos.
- d) Adquisición de acciones de empresas ya establecidas.
- e) Fusión de empresas.
- f) Operación del mecanismo de sustitución de Deuda Pública por inversión. (Actualmente suspendido, agosto de 1989).
- g) Constitución de fideicomisos en los que intervenga la IED.
- h) Concertación de Programas de Compromisos y Metas.
- i) Resolver sobre los replanteamientos y reconsideraciones.

Esta es la plataforma de asuntos que la DGIE analiza desde los puntos de vista legal, económico, financiero y técnico, a fin de que la CNIE cuente con los elementos necesarios para determinar la conveniencia de autorizar la promoción correspondiente, según los criterios y características que se enuncian en el Artículo 13 de la Ley de la materia.

Trámites que debe cubrir el inversionista de acuerdo a cada una de las modalidades señaladas:

1. El Departamento de Control y Trámite de la DGIE informa al promovente sobre la documentación e información que debe presentar; de los requisitos y del monto del pago de derechos que debe cubrir a fin de que la documentación corresponda adecuadamente al tipo de solicitud que se promueve. Desde luego el interesado debe presentarla en las formas aprobadas para tal efecto.
2. Según la modalidad de la solicitud, el promovente deberá presentar el cuestionario básico de información (salvo para el caso de la constitución de nuevas sociedades), así como el cuestionario específico que refiere la información en detalle de la modalidad que se tramita. (Artículos 54, 59, 60 y 64 del RLIMRE).
3. Respecto a la documentación para las autorizaciones de la constitución de nuevas sociedades, los promoventes solamente deben presentar el cuestionario específico y cubrir el pago de derechos correspondiente.
4. Una vez presentada la documentación requerida y habiendo cubierto los derechos respectivos; la DGIE presenta al Secretario Ejecutivo el proyecto de dictamen correspondiente y si éste lo aprueba se somete a consideración de la CNIE la promoción respectiva, misma que de acuerdo a lo establecido en la Resolución General número 1, se envía a los Secretarios de Estado y éstos determinan lo conducente en un término máximo de 5 días hábiles sobre la procedencia de la solicitud y, si en dicho plano no hay comunicación de dichas Dependencias el proyecto debe darse por aprobado.