

Capítulo III. Concepto y clasificación de la inversión extranjera	45
18. Concepto y supuestos de la inversión extranjera	45
19. La nacionalidad en la L.I.E.	48
20. Criterios de clasificación de la inversión extranjera	51
21. La inversión extranjera en el capital de las empresas mexicanas	53
22. La inversión extranjera en los bienes a que se refiere la L.I.E.	56
23. La inversión extranjera en las operaciones a que se refiere la L.I.E.	58

CAPÍTULO III

CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

18. *Concepto y supuestos de inversión extranjera*

Inversión extranjera, en nuestro derecho, es la que realizan en el país los sujetos que indica el artículo 2º L.I.E.,¹⁸ a través de ciertos actos y negocios que permitan su intervención en el patrimonio, en el capital o en la administración de empresas mexicanas (en el sentido más lato de esta expresión).

Este concepto, como resulta claro, no se refiere a notas sustanciales de la I.E., que desde el punto de vista económico supondrían el desplazamiento de bienes de una persona (el inversor) a otra (el receptor), y desde el punto de vista jurídico, la transmisión de la propiedad, del uso o del goce de bienes o derechos, y de un país a otro. Se refiere, en cambio, solamente, a notas de derecho positivo, derivadas de la L.I.E. Se trata de una definición legal. En consecuencia, de la I.E., como de otros fenómenos jurídicos (*vgl.*, la personalidad jurídica; los actos de comercio), no podemos dar un concepto *a priori*, sino meramente uno que se derive de la legislación actual sobre inversiones extranjeras.

De aquel concepto legal, surgen tres notas: una, *subjetiva*, o sea, la de los sujetos de derecho; otra, *objetiva*, a saber, los actos y negocios jurídicos en que consista la I.E.; y la tercera *teleológica*, es decir, que tenga en cuenta la finalidad de los actos realizados por el sujeto, consistentes en la intervención en el patrimonio, o en la expansión de éste, y en la administración de empresas mexicanas. A todas ellas se refiere el artículo 2º L.I.E.

En función de la combinación de los sujetos, de los actos y negocios, y de la finalidad de participar en la actividad de las empresas, se integra, normalmente, la inversión a que se refiere la L.I.E. Por el contrario, la Ley no se aplica si la inversión se efectúa por sujetos que estén excluidos de la

¹⁸ Como también las instituciones fiduciarias en que participen extranjeros, *infra* núm. 30.

enumeración que de ellos hace el artículo 2º L.I.E.,¹⁹ por ejemplo las sociedades extranjeras autorizadas para ejercer el comercio en el país, regidas por los artículos 15 C. Co., y 250 y s. L.S.M.; o bien, a través de actos no regulados por la L.I.E.; por ejemplo, ventas o préstamos a una empresa mexicana, o pagos hechos por mexicanos a extranjeros, pero en este caso, siempre que el inversionista extranjero, directa o indirectamente, no participe en el manejo de la empresa mexicana, ni realice nuevas actividades (nuevos establecimientos, nuevos campos de actividad), o elabore nuevos productos.

También se aplicaría la Ley con la presencia de los dos primeros elementos: el sujeto y el acto, aun si el extranjero no interviniera en el manejo de la empresa mexicana, por ejemplo, cuando adquiriera una sola acción, o bien, acciones de voto limitado, o bienes de su activo fijo; cuando a pesar de no ser extranjero el inversionista, el acto (la actividad) que se realice consiste en la reducción del capital social mediante la disminución del número de partes, o de acciones, o la amortización de unas u otras, lo que traiga como consecuencia un mayor porcentaje de acciones o de partes sociales en poder de la inversión extranjera; cuando un extranjero, a través de personas de nacionalidad mexicana, controle una negociación nacional o incremente las actividades de una empresa ya establecida.

Ahora bien, tanto los sujetos como las operaciones a que la L.I.E. se refiere, deben interpretarse de acuerdo con la letra de su preceptos, y con el espíritu de ella, unas veces para ampliar y otras para restringir el sentido literal en las normas relativas.

Así, la fracción II del artículo 2º habla de “personas físicas extranjeras”: de dicha figura se excluye, en algunos supuestos, al inmigrado extranjero (artículo 6º), así como a los que además de la nacionalidad extranjera, también tuvieran la mexicana, y debe incluirse, en cambio, a cualquier individuo que no sea mexicano, aun al apátrida. La fracción IV se refiere a las empresas mexicanas en las que la mayoría del capital esté en manos de extranjeros; sin embargo, también estarían comprendidas en dicha norma, las sociedades con capital paritario o minoritario extranjero, cuando a él corresponda el control de la empresa; contrariamente, cuando se trate de constituir en el país una empresa de la que el control corresponda a la inversión mexicana y en la que el extranjero participe, aun en forma mayoritaria, no en el capital (acciones o partes sociales), sino en bienes y derechos de su patrimonio, no estaríamos ante un sujeto regulado en la L.I.E.

En cuanto a “las operaciones a que la propia ley se refiere” (artículo 2º último párrafo), su elenco debe ampliarse en algunos casos en que el texto de la L.I.E. es muy limitado; por ejemplo, cuando el artículo 8º

¹⁹ Con la excepción a que alude la nota anterior.

párrafo primero habla de actos o serie de actos a virtud de los cuales se adquiera más del 25% del capital, no se debe hacer una interpretación restrictiva ni literal de los actos de *adquisición*, sino que deben comprenderse como tales, actos y hasta omisiones de inversionistas mexicanos, que conduzcan a que el inversor extranjero adquiera más del 25% del capital social, o más del 49% de los activos fijos de la empresa. Igualmente, cuando se habla de la adquisición de “títulos representativos del capital” (artículos 23 fr. iv y 25), no solamente se deben comprender las acciones de sociedades anónimas (artículo 111 L.S.M.), que técnicamente son los títulos representativos a que alude la norma, sino también las cuotas o partes sociales de cualquier otra clase o tipo de sociedades (civiles y mercantiles) (*e.g.*, la S. de R.L., artículo 58 L.S.M.); de manera similar, cuando la Ley se refiere al fideicomiso en fronteras y litorales (capítulo iv, artículo 18), también regula ese negocio jurídico cuando su objeto comprenda otras actividades de las reguladas en la L.I.E. (*vgr.*, la facultad que se concede al inversionista extranjero de determinar el manejo de una empresa). Inversamente, como se dice al final del párrafo anterior, la adquisición por un extranjero de bienes del activo de una empresa (que no sean acciones o partes sociales), puede no ser una operación regulada por la L.I.E., aun cuando esos bienes constituyan la mayoría de los que tenga la empresa relativa.

Por lo que toca a la finalidad de la L.I.E., o sea, la participación de la I.E. en el patrimonio y en la administración de las empresas mexicanas, la Ley establece limitaciones y prohibiciones. De éstas, la más general y absoluta que se impone a cualquier extranjero inversionista, ya sea que intervenga o no en el capital de cualquier empresa o sociedad (y, en consecuencia, aunque no se trate de uno de los sujetos del artículo 2º), y la que a mi juicio es la más importante característica de la reglamentación legal en la materia, es que “por cualquier título tenga la facultad de determinar el manejo de la empresa” (artículos 2º fracción iv, 5º párrafo segundo y 8º párrafo segundo, L.I.E.), o sea, que obtenga el control de la empresa.²⁰

Esta limitación constituye en nuestro derecho un principio general que debe aplicarse, tanto en los casos de I.E. regulados por la L.I.E., como en cualquier otro que escape a su regulación, aun cuando no se trate, insisto, de uno de los sujetos del artículo 2º, y que estuviera comprendido en el C. Civ. (*vgr.*, en la regulación de las asociaciones, artículos 2670 y ss., y sociedades, artículos 2688 y ss.), o en la L.S.M., como puede ser a través de grupos de sociedades, de una A en P., de un sindicato de accionistas, o de una sociedad cualquiera con participación minoritaria extranjera, o sin

²⁰ En este estudio, me refiero frecuentemente a esa facultad al hablar sólo de control.

que ésta participe en forma alguna en el capital. Bastaría, en efecto, que una S.A., con el 100% de capital en manos de los socios mexicanos, o una empresa cualquiera en cuyo patrimonio no participara ningún extranjero, estuvieran controladas indirectamente por un inversionista extranjero, para que se aplicaran esas normas de la Ley. Desde este punto de vista, el principio que me ocupa no se limita a la L.I.E., ni aún al campo mercantil, sino que se extiende a actos y operaciones civiles: el control de extranjeros plantea un supuesto general, y exige la aplicación de esas normas federales que afectan la condición jurídica de ellos (artículo 73 fracción xvi de la Constitución Federal).²¹

En cuanto a las limitaciones, unas se refieren a empresas que se constituyan con la participación extranjera, para las que la Ley fija un máximo de suscripción de acciones o partes sociales del 49% (artículo 5º párrafo segundo), y una participación proporcional (minoritaria) en el órgano de administración (artículo 5º párrafo cuarto); otras, aluden a empresas ya constituidas en que intervenga la I.E. En éstas, se limita la contribución tanto en el capital social (25%), como en los activos fijos (49%), y también se restringe el derecho de arrendarlas, o de alquilar activos esenciales (artículo 8º párrafo primero). Y también rige en este caso de empresas ya constituidas, la regla de la participación minoritaria en la administración.

19. La nacionalidad en la L.I.E.

La reglamentación de la I.E. se da en nuestra Ley en función de la nacionalidad del sujeto. Se trata de extranjeros, no mexicanos (*infra* núm. 25), independientemente de que vivan en México, o fuera de México; de que, tratándose de sociedades o “unidades económicas”, se constituyan con socios o capitales mexicanos, y con independencia también del origen o localización de los bienes o de la actividad en que consista la inversión misma.

Con excepción de las “empresas mexicanas” a que se refiere la fracción iv, del artículo 2º L.I.E., se predica la nacionalidad extranjera en las fracciones i, ii, iii, en las que este requisito se indica expresamente (personas morales, fracción i, personas físicas, fracción ii, y unidades económicas fracción iii). En cuanto a la fracción iv, si bien se establece la nacionalidad mexicana de las empresas, se alude a la nacionalidad extranjera del capital, que en forma mayoritaria participe en ellas.

Consecuentemente, si la inversión se hace realmente (y no en forma simulada) por una persona física de nacionalidad mexicana, escapa a la

²¹ Sobre este problema de la aplicación de la L.I.E. a actos y operaciones civiles, véase *supra* núm. 8 *in fine*, e *infra* núm. 21 *in fine*.

reglamentación de la L.I.E. y al concepto mismo de I.E., aunque ese mexicano radique permanente o transitoriamente en el exterior, y con independencia del tiempo que permanezca o haya permanecido fuera de México. Inversamente, si el inversor es una persona extranjera con domicilio en México, estará sometido a la ley, salvo que se trate de un inmigrado, quien, por lo que toca a la inversión que realice, no dependa de un "centro económico del exterior" (artículo 6º L.I.E.); igualmente, si se tratara de una sociedad constituida en el extranjero (*vgl.*, una *corporation* o una *partnership*, en los Estados Unidos de Norteamérica), y que sean mexicanos todos o la mayoría de sus socios y de su capital social, estaríamos ante un sujeto extranjero para los efectos de la L.I.E. (artículo 2º fracción 1).

En todos los casos, si la facultad de determinar el manejo de una empresa (con o sin capital o socios extranjeros, e independientemente del porcentaje de la participación extranjera en el capital social) recae en manos de extranjeros, estaremos nuevamente en supuestos de I.E., según se desprende de la misma fracción IV del artículo 2º, así como de los artículos 5º y 8º, párrafo segundo, L.I.E.

Por otra parte, la radicación de los bienes invertidos o que han de invertirse, así como los derechos de propiedad, goce, usufructo, o de otra naturaleza que sobre ellos tenga el inversor y el domicilio de éste (o sea, de quien los aporta, o los recibe, o de quien dependa el manejo de la empresa respectiva) son datos intrascendentes, como también que esos bienes o derechos provengan de fuera, o que estén situados o permanezcan en México o fuera del país, e inclusive, que aquí se obtengan a virtud de adquisiciones, préstamos o créditos.

Además, la permanencia en nuestro país de los capitales extranjeros que se inscriban, o bien, su repatriación ulterior, así como el envío al extranjero de los frutos (naturales, civiles, industriales), de los bienes y capitales invertidos, ya sea como frutos de la tierra o de ganados, aves, etcétera; utilidades (dividendos si se trata de sociedades), intereses, regalías, honorarios, sueldos, no se regulan, ni se restringen, por la L.I.E., sino sólo a través de otras leyes (L.T.T. y L.I.M.), y de disposiciones fiscales y aduaneras. Existe libertad absoluta para transferir unos y otros, y no hay control alguno de cambios hacia el exterior. Como cuestionan dos críticos de la vigente ley argentina sobre inversiones extranjeras, que adolece de libertad semejante, aunque sí exista en Argentina control de cambios, ¿qué sucedería con la balanza de pagos, si algunas de las empresas trasnacionales que operen en el país, decidieran repatriar al unísono sus respectivos capitales? La legislación nacional sobre inversiones extranjeras adolece de esta gravísima laguna, que considero urgente que se colme.

La obtención en el país, por extranjeros y por la I.E., de rentas, utilidades, intereses, regalías, etcétera, de bienes o de capitales situados aquí que

legítimamente hayan adquirido (*v. gr.*, dividendos de acciones; rentas de bienes que hayan dado en arrendamiento a mexicanos o de casas, departamentos, condominios de que sean propietarios o fideicomisarios), no está restringida, ni reglamentada en la L.I.E.

Por último, es indiferente la naturaleza de los bienes en que se invierta, y si se trata de maquinaria, de materias primas, de diseños, que sean nuevos o usados, incluso si resultaran obsoletos. Ello, constituiría un factor para su valuación, pero su aceptación o rechazo no están determinados por la L.I.E., sino también, por otras leyes, como la de Transferencia de Tecnología, el Código Aduanal, la Ley de Invencciones y Marcas.

En leyes sobre inversiones extranjeras de otros países, juegan papel importante esos factores no admitidos entre nosotros. Para los países del Pacto Andino (Decisión 24 de la Convención del Acuerdo de Cartagena), el concepto de la I.E. se da en función de “aportes provenientes del exterior”, y del derecho a “reexportar su valor y transferir utilidades al exterior”;²² en la legislación brasileña, el concepto de domicilio en el exterior del inversionista parece ser fundamental (Azuela de la Cueva); también en Argentina, en la Ley 21382/1976, “se mantiene, como en anteriores leyes, el criterio determinante del domicilio”;²³ en la Ley chilena de 1974, se requiere que las aportaciones provengan del exterior y que pertenezcan a personas extranjeras o a “chilenos residentes en el exterior por más de tres años consecutivos, y con derecho a la transferencia de su valor y de utilidades al exterior.”²⁴

En el derecho español, la vigente Ley de 31 de octubre de 1974 considera como I.E. la que reconozca como titulares:

1º A un extranjero, persona física, cualquiera que sea su residencia (como sucede a la L.I.E., salvo el caso de los inmigrados); 2º a un español, siempre que tenga su residencia fuera de España (lo que no pasa en la Ley, respecto a los mexicanos); 3º una persona jurídica extranjera... (artículo 2º fracción I L.I.E.); 4º las corporaciones financieras internacionales, y 5º a gobiernos extranjeros y entidades oficiales de soberanía extranjera (nuestra Ley no distingue estos dos últimos sujetos; los incluye en las fracciones I o III del artículo 2º).²⁵

²² Azuela de la Cueva, “Tratamiento legal a las inversiones extranjeras en diversos países latinoamericanos”, Estudio Comparativo en la *Revista de la Universidad Iberoamericana de México, Jurídica*, núm. 8, pp. 151 y ss.

²³ De Andrés y Getti, en la *Revista Mexicana de Comercio Exterior*, vol. 27, núm. 4, abril de 1977.

²⁴ Pardo Guillermo, K., en *Comercio Exterior*, octubre de 1974.

²⁵ Sobre el derecho español y comparado, en una obra de gran amplitud y detalle en todos los aspectos relacionados con inversiones extranjeras, véase la excelente monografía de Francisco Fernández Flores, *Inversiones extranjeras y valores mobiliarios*, Madrid, 1980. En la p. 116 la transcripción que aparece arriba.

Algunas leyes, como la ya citada del Acuerdo de Cartagena, limitan el derecho de repatriar capitales (“sólo si el inversionista extranjero vende sus acciones o participaciones a inversiones nacionales”) y utilidades (“sólo puede efectuarse previa autorización, y sin exceder del 14% anual de la inversión registrada”).

20. *Criterios de clasificación de la inversión extranjera*

a) De acuerdo con lo dicho en el número anterior, cabe hablar como primer criterio de clasificación de inversión extranjera desde el *punto de vista subjetivo y objetivo*. Aquélla, será la realizada por cualquiera de los sujetos del artículo 2º; objetiva, la que se refiera a los actos y negocios jurídicos comprendidos en la legislación sobre inversiones extranjeras.

b) Desde el *punto de vista de las obligaciones que asuma el sujeto*, la inversión extranjera puede consistir en una obligación de dar; por ejemplo, aportaciones de dinero o de otros bienes o derechos, para constituir sociedades y para suscribir acciones, adquisiciones de activos fijos, o pago de rentas; o en una obligación de hacer, como sería el caso de aportaciones de industria en sociedades personales, o la prestación de servicios como técnico o empleado, administrador, gerente, apoderado. Puede consistir, inclusive, en un no hacer, en una abstención, cuando a virtud de ella el control de la sociedad recae en el inversionista extranjero; por ejemplo, cuando a virtud de pactos con el socio extranjero, el mexicano no concurre a asambleas, o se abstiene de votar en ellas, o cuando al socio mayoritario mexicano —o a los miembros del consejo de administración, nombrados por él— le corresponda o se le imponga un deber de abstención del voto en deliberaciones y acuerdos de las asambleas o juntas de consejo (hipótesis que también se aplicarían en los casos de conflictos de intereses a que se refieren los artículos 156 y 196 L.S.M.); en fin, cuando un inversionista extranjero imponga un pacto de no concurrencia en contra de la empresa mexicana, o un pacto exclusivo que ésta le otorgue, y los cuales impliquen el control de la negociación mexicana.

c) En *consideración a la actividad del sujeto*, la operación de I.E. puede ser realizada por el inversor extranjero en favor de la empresa mexicana en que invierta; o bien, por ésta en favor de aquél. En el primer caso, se trataría de una inversión en que el extranjero es el sujeto activo (el que da el bien o realiza el servicio); en el segundo, será el sujeto pasivo (el que reciba uno u otro). Ejemplos de la primera forma de inversión, son la suscripción y pago de acciones o de partes sociales o el pago de rentas de empresas que el extranjero tome en arrendamiento; de la segunda, la venta de activos fijos a favor del extranjero; y también, en el caso de

arrendamiento, la transmisión a su favor del uso y goce de la empresa o de los bienes que arrienda.

ch) *En relación a la nacionalidad*, aunque siempre se trate de extranjeros, es decir, de sujetos que no sean nacionales, en los casos de las tres primeras fracciones del artículo 2º, el carácter de inversionista afecta al sujeto mismo, al extranjero, es una imputación directa; en cambio, en los casos de la fracción iv, el carácter extranjero de la inversión se predica de la sociedad (“empresa”) mexicana, y es el socio o los socios extranjeros de ella, los que en rigor realizan la I.E.; la nota es, pues, indirecta. En aquella hipótesis, la calidad de extranjero se predica del sujeto mismo (individuo, persona moral o “unidad económica”); en el segundo caso, no se predica del sujeto (empresa mexicana), sino del socio de ésta.

d) *Respecto a la naturaleza jurídica de los sujetos de la I.E.*, los de las dos primeras fracciones del artículo 2º L.I.E. son personas jurídicas (el hombre o persona física y la persona moral); es decir, sujetos de derecho a los que el Ordenamiento jurídico (artículos 22 y 25 C. Civ.) atribuye el carácter de persona; en cambio, los de la fracción iii, son sujetos de derecho sin personalidad, o sea, sin alguna o algunas de las notas propias de la persona (véase *infra*. núm. 27). En cuanto a las “empresas mexicanas” a que se refiere la fracción iv del mismo artículo 2º, si son sociedades, normalmente tienen personalidad propia (excepciones serían la sociedad conyugal y un consorcio que sólo fuera una sociedad oculta, en los cuales el control correspondiera al consorte extranjero); si son asociaciones, normalmente carecerían de personalidad (el caso más claro sería el de la A. en P.); y si se trata, en efecto, de empresas, nunca tienen personalidad, la que correspondería al empresario (cuando éste, a su vez, fuera un individuo o una sociedad con personalidad). En el caso, por último, del “capital extranjero”, que participe mayoritariamente en dichas “empresas mexicanas”, por tal debe entenderse el representado por cualquiera de los sujetos (con o sin personalidad) enunciados en las fracciones i a iv del mismo artículo 2º; ya sea que se trate de una participación real y efectiva de dichos sujetos, o bien simulada y oculta a través de testaferros (artículo 31).

e) Por último, otro criterio de clasificación de la I.E., consistiría en distinguir la *finalidad de participar en el capital o en la gestión de sociedades y empresas mexicanas*. A la primera hace referencia el último párrafo del artículo 2º, cuando distingue inversiones en el capital o bienes a que la Ley se refiere, y operaciones a que también ella se refiere. A la gestión aluden diversos preceptos: artículo 2º, fracción iv *in fine*; artículo 5º párrafos segundo *in fine* y cuarto; artículo 8º párrafo segundo.

Paso a analizar estas formas de inversión.

21. *La inversión extranjera en el capital de las empresas mexicanas*

Al analizar este concepto debo referirme a sus tres elementos, o sea, el concepto de I.E., el de capital y el concepto de empresa.

Primer elemento. Inversión extranjera, según el artículo 2º en sus cuatro fracciones, es la que realiza cualquiera de los sujetos enumerados en dicha norma (y en ciertos casos las instituciones fiduciarias), mediante cualquiera de los actos y operaciones a que la misma Ley se refiere; así como el control que por cualquier título tenga un extranjero de una empresa mexicana.

Segundo elemento. El capital de las empresas, debe referirse, en primer lugar, a toda clase de capitales; es decir, tanto al capital social que se forma con las aportaciones de bienes o derechos a que se obligan los socios de toda clase de sociedades (salvo las mutualistas, que resultan ajenas a cualquiera de las formas de I.E. reguladas en la Ley), como al capital contable o real de la empresa (o sea, la diferencia de valor entre su activo y su pasivo). En segundo lugar, se debe referir a cualquier clase de empresas, tanto si son societarias, es decir, si su titular, el empresario, es una sociedad, como también si es un sujeto distinto (personas físicas, grupo de personas, U.E.).

El último párrafo del artículo 2º, se refiere a la I.E. que se realice en el capital de las empresas a que la propia ley se refiere. Este principio tiene, más que todo, un valor lógico y de sistematización de las formas y medios de la inversión regulada en la L.I.E.; en cambio, si tienen un valor normativo propio e independiente, los otros dos conceptos de la misma disposición legal, o sea, la adquisición de bienes y la celebración y ejecución de operaciones. En uno y en otro de estos dos supuestos, queda siempre comprendida toda clase de inversiones en el capital de las empresas,²⁶ porque, o se trata de la adquisición de bienes representativos de dicho capital (acciones y partes sociales) y de otros bienes distintos, o de la celebración de operaciones, como es la venta o arrendamiento de empresas, de sus activos fijos y esenciales, y también la suscripción y adquisición de acciones y partes sociales a través de la obligación de aportar que asumen los socios. Desde este punto de vista, resulta innecesaria y superflua esa mención al capital de las empresas: bastaría con la referencia a los otros dos conceptos.

Por otra parte, la inversión extranjera en acciones o partes sociales (capital social), también comprende la suscripción y el gravamen de cualquiera de ellas, aunque se trate de una sola acción de sociedad anónima o de la

²⁶ Morayta Llano, Vicente, en una nota en que reseña mi libro sobre "Inversiones extranjeras", publicada en *Jurídica*, t. 8º, 1976, pp. 596 y ss., interpreta en forma amplia el concepto de capital, a que se refiere esta fracción iv del artículo 2º y del cual yo había propuesto un concepto limitado al capital social.

mínima cuota de interés en los otros tipos de sociedades, y esto es así, porque la L.I.E. exige su registro (artículo 23, fracción IV, que, si bien habla de “títulos representativos de capital”, que en sentido técnico jurídico sólo son las acciones, se debe interpretar extensivamente y comprender también a las partes sociales, como lo hace el artículo 25 del R.R.I.E.), que las acciones tengan carácter nominativo en los casos de ser suscritas por extranjeros (artículo 25, L.I.E.) y por lo que toca a empresas no societarias, la I.E. puede plantearse en función de otras normas de la L.I.E., y en tal caso, no comprende a toda clase de bienes o de operaciones, sino solamente aquellos que estén comprendidos en esas otras disposiciones de la misma Ley; que serían, el artículo 8º en los casos de adquisición o arrendamiento de empresas y de activos esenciales o de activos fijos, y el principio establecido por los artículos 5º párrafo segundo *in fine* y 8º párrafo segundo, o sea, que la I.E. tenga el control de la negociación.

En otras palabras, la referencia a otro tipo de empresas que no sean sociedades, no comprende a todas las inversiones que pueda hacer un inversionista extranjero, sino exclusivamente las enunciadas en el artículo 8º párrafo primero, las que puedan hacerse a través de fideicomisos (artículos 18 y ss. y 23 fracción III) y aquellas que impliquen el control de la empresa (o del fideicomiso), por la I.E.

Consecuencia de lo anterior es que, tratándose de inversiones propiamente dichas, el inversionista extranjero, fuera de las restricciones de esas normas, y siempre que no se trate de la suscripción (y del gravamen) de acciones o partes sociales, no está sujeto a la L.I.E.

Ahora bien, ¿cuál es el concepto jurídico de capital social? Por tal, se entiende la suma de las obligaciones de dar que adquieren los socios y que se manifiestan en sus aportaciones de capitales (bienes y derechos). Este concepto rige para todos los tipos de sociedades mercantiles (excepto las mutualistas, que carecen de capital), y para las sociedades reguladas por el título décimoprimer, apartado II, artículos 2688 a 2837 del Código Civil (sociedades civiles), porque todas ellas requieren como elemento esencial un capital social (artículos 6º párrafos IV y V, L.S.M. y 2693 fracción IV, C. Civ.); no se aplica, sin embargo, como queda dicho, a las sociedades mutualistas de seguros (artículo 18 L.I.S.), que escapan a la regulación de la L.I.E. por su propia naturaleza, consistente en la reunión de socios que sean beneficiarios de contratos de seguros; ni a la sociedad conyugal, que tiene un patrimonio (“los bienes de que sean dueños los esposos al formarla (y) los bienes futuros que adquieran...” artículo 184 C. Civ.), pero carece de capital social y, en consecuencia, de aportaciones de los socios. Igualmente, las asociaciones civiles y la A en P, carecen de capital social, lo que no quiere decir que ellas —y también la sociedad conyugal— escapen a la regulación de la L.I.E., ya que a todas pueden aplicarse las disposiciones de la fracción IV segunda parte, del artículo 2º.

Tercer elemento. En cuanto al tercer elemento del principio que examinamos, o sea, la empresa, comprende el concepto económico de ella, que ha sido acogido en el derecho. Es decir, se tratará de la organización (por su titular, el empresario) de los factores de la producción, con la finalidad de producir bienes o servicios destinados al mercado.²⁷ Aunque del concepto de empresa se diera un alcance restringido a sociedades (como propuse en mi anterior trabajo sobre I.E.), ello es de secundaria importancia, ya que, a pesar de todo, las inversiones en el patrimonio de empresas no societarias quedarían reguladas por otras disposiciones de la Ley, o sea, por el artículo 5º párrafo segundo *in fine*, el artículo 8º primero y segundo párrafos y de los artículos 18 y ss., y 23 fracción IV.

Dentro de los límites de esas disposiciones, porque no toda inversión en el capital (*rectius*, en el patrimonio) de las empresas se restringe ni está regulada en la L.I.E. Solamente, lo está, primero, si la I.E. adquiere o toma en arrendamiento empresas en funcionamiento, o sus activos esenciales; segundo, si adquiere más del 49% de sus activos fijos; tercero, en los casos de adquisiciones de bienes o derechos a través de fideicomisos; en cuarto lugar, si tratándose de negociaciones establecidas, la I.E. pretende ampliaciones a través de la constitución de nuevos establecimientos, de la realización de nuevas actividades, de la elaboración de nuevos productos o de la prestación de nuevos servicios, y en quinto lugar, si el sujeto de la I.E. adquiere el control de cualquiera empresa.

De acuerdo con el criterio de aplicación extensiva del principio, la inversión en el capital de las empresas también comprende la suscripción de acciones y de partes de interés de sociedades y los límites de la I.E. varían si se trata de “empresas” ya constituidas o en proceso de constitución: en este último caso, el límite es del 49% del capital social (salvo que la L.I.E. u otras leyes fijen porcentajes menores, artículo 5º párrafo segundo, o que la CNIE los aumente o disminuya, según disponen los artículos 5º párrafos segundo y tercero, y 12 fracción I). En el caso de empresas ya constituidas, el límite será del 25% en los términos del artículo 8º párrafo primero (la L.I.E. no contiene ninguna disposición que en forma clara o expresa permita a la CNIE variar ese porcentaje; si le concede, en cambio, la facultad de negar esta inversión, artículo 8º párrafo tercero; sin embargo, tal facultad de modificar el límite máximo del 25%, puede derivar de las fracciones III y IV del artículo 12).

²⁷ El artículo 127 de la L.N. y C.M., da una definición similar de la empresa de navegación, la que por analogía (artículo 75, fracción XXIII, C. Co.), es aplicable a cualesquiera otras: “el conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorporados y coordinados para la explotación de uno o más buques en el tráfico marítimo”. Es éste el “destino jurídico” de la empresa que se refiere el artículo 204 fracción I, L.Q., porque de no ser ese, se trataría de un patrimonio de afectación—como el fideicomiso—lo que no es la empresa, ni aún en el caso de quiebra de su titular, a que se refiere dicho artículo 204.

Por otra parte, las empresas a que la L.I.E. se refiere tanto en el artículo 2º párrafo final que examinamos, como en los artículos 5º párrafo segundo y 8º párrafo primero, comprenden a todas las clases de ellas: grandes y pequeñas (*e.g.*, talleres mecánicos y de artesanía), mercantiles, civiles, agrícolas, administrativas. Desde este punto de vista, se debe cuestionar si una ley federal, como es la L.I.E., puede aplicarse a instituciones civiles, en cuanto que ellas, como todo el derecho común, están reservadas a la regulación de los Estados miembros de la Unión. La explicación para admitir la regulación federal, es que dichas empresas civiles (como sucede también con las sociedades civiles de toda especie; *vgr.*, las sociedades de profesionistas, la sociedad conyugal, las asociaciones civiles) sólo quedan reguladas en la L.I.E. en cuanto a la participación de extranjeros en su patrimonio (y capital) o en su gobierno y administración, ya que se trata de la “condición jurídica de los extranjeros”, a que alude la fracción xvi del artículo 73 de la Constitución Federal; pero, en todo caso, la regulación de la sociedad y de la empresa civil misma, seguirá estando regida, exclusivamente, por el derecho local (véase *supra* núm. 8 *in fine*).

Reconozco que ésta es una interpretación extensiva de dicha norma constitucional, ya que no sólo se aplica a la condición jurídica de los extranjeros inversionistas, sino también a la de las sociedades y empresas en que intervengan, y a sus mismas inversiones. Sin embargo, el *status* del extranjero no puede aislarse para que solamente se refiera a su persona, sino que comprende —como el *status* de socio— los derechos y las obligaciones que le correspondan según el ordenamiento jurídico que rige la materia, o sea, la L.N. y N, que es federal. Muy conveniente sería, para evitar problemas de constitucionalidad, que se reformara el artículo 73 de la carta magna para atribuir expresamente al Congreso de la Unión la facultad de legislar en materia de inversiones extranjeras.

22. *La inversión extranjera en los bienes a que se refiere la L.I.E.*

Debemos precisar el concepto y el alcance de la expresión *bienes* y precisar a cuáles se refiere la Ley.

Bienes son “todas las cosas que no están excluidas del comercio” (artículo 747 del C. Civ.), y están fuera del comercio, las cosas que pueden ser poseídas sólo por algún individuo y las que la ley declara irreductibles a propiedad particular (artículo 749 C. Civ.). Los bienes son muebles o inmuebles, estos, son los que se comprenden en la lista del artículo 750; muebles, los que indican los artículos 753 (muebles por su naturaleza, o sea, que “se mueven por sí mismo o por efecto de una fuerza exterior”), 754 (muebles por determinación de la ley; las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en vir-

tud de acción personal), y en general, todos los demás no considerados por la ley como inmuebles (artículo 759).

La L.I.E. se refiere a “bienes de cualquier naturaleza” (muebles e inmuebles”) en el artículo 3º y precisa que los extranjeros que los adquieran “aceptan por ese mismo hecho considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y no invocar la protección de su gobierno por lo que se refiere a aquéllos (a los bienes que adquieran), bajo la pena, en caso contrario, de perder en beneficio de la nación los bienes que hubieren adquirido”. Éste es el llamado convenio o *Cláusula Calvo*, que establece la fracción I del artículo 27 constitucional, si bien limitado a ciertos inmuebles: “tierras, aguas y sus accesiones... concesiones de explotación de minas y aguas” (los que se indican en las fracciones I, IX y XII del mencionado artículo 750 del C. Civ.).

También se refiere a esos inmuebles (tierras, aguas y concesiones para la explotación de éstas), el artículo 7º L.I.E., que prohíbe su adquisición a personas físicas o morales extranjeras y a sociedades mexicanas que no tengan cláusula de exclusión de extranjeros, siempre que se trate de adquirir el “dominio directo” y que los bienes estén situados dentro de la llamada zona prohibida. Para las personas físicas extranjeras, la norma permite que puedan adquirir los bienes con permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores y mediante la celebración del Convenio a que se refiere la fracción I del párrafo cuarto del artículo 27 constitucional (la “Cláusula Calvo”).

A inmuebles, por último, se refiere el artículo 18 de la Ley. A inmuebles situados en las “zonas prohibidas”, que pueden adquirirse a virtud de fideicomisos destinados a actividades industriales o turísticas, “siempre que el objeto de la adquisición sea el de permitir la utilización y el aprovechamiento de dichos bienes a los fideicomisarios (nacionales o extranjeros), sin constituir derechos reales sobre ellos...” El artículo 21, que permite que se “emitan certificados de participación inmobiliaria con base en los fideicomisos de que trata el artículo 18, no se refiere a inmuebles, puesto que tales títulos de crédito son cosas muebles (documentos negociables); sin embargo, si la “participación inmobiliaria”, que es el derecho incorporado al documento, pudiera considerarse aisladamente, es decir, si pudiera desincorporarse (lo que no es posible en buena técnica cambiaria), constituiría, quizás, un gravamen sobre un inmueble que se comprendería en la fracción XII del artículo 750 C. Civ.

A bienes (y derechos) muebles, alude la L.I.E. en varias normas, aunque sin mencionarlos expresamente: a bienes de capital (muebles, según el artículo 755 del C. Civ.), se refieren los artículos 5º párrafo segundo, 8º párrafo primero, 23 fracción IV, 25 párrafo inicial; a bienes del activo fijo y a activos esenciales, que tanto pueden ser muebles como inmuebles, se refiere el artículo 8º; a los certificados de participación inmobiliaria,

como queda dicho, el artículo 21; a derechos de crédito, de naturaleza mobiliaria consecuentemente (artículo 754), los artículos 2º fracción IV *in fine*, 5º párrafo segundo *in fine*, 8º párrafo segundo, que se refieren, todos, a la facultad (derecho subjetivo) de determinar el manejo de una empresa.

23. *Inversión extranjera en las operaciones a que se refiere la L.I.E.*

Varias son las “operaciones” a que se refiere la Ley. Como en el caso de las inversiones de capital y la adquisición de bienes (*supra* números 21 y 22), su inclusión en la L.I.E. sólo se da en función de las restricciones a la I.E. que fija la propia Ley (sobre las “operaciones” de la L.I.E., véanse también *supra* números 11, 12, 14 y 15).

En la mayoría de los casos, se trata de operaciones lícitas, pero la Ley también regula y tipifica un delito de simulación fraudulenta, de actos de interposición gestora que permitan que los extranjeros adquieran, a través de prestanombres, derechos que les estén vedados legalmente (artículo 31), y también expresamente se refiere a “actos que se efectúen en contravención a las disposiciones de esta ley” (artículo 28), y de “actos que se realicen sin autorización (artículo 8º *in fine*), para sancionarlos con nulidades.

Las operaciones de I.E. pueden ser de naturaleza contractual, que son las más frecuentes, o bien, de carácter unilateral; pueden constituir negocios principales, o ser accesorios o conexos, como serían los pactos entre socios (parasociales) que concedan ciertos derechos o facultades a los extranjeros.

Pueden consistir, asimismo, en acuerdos o asambleas de socios o accionistas que, por ejemplo, aumentaran el capital, el cual fuera suscrito parcial o totalmente por la I.E., o que acordaran la reducción del capital mediante la amortización de acciones de socios mexicanos, y no de las correspondientes a los inversionistas extranjeros, con lo que aumentaría la participación de estos en el capital social, en violación al principio del artículo 8º.²⁸

En función de las restricciones a la I.E., estas operaciones tanto pueden referirse a empresas (y sociedades) que se constituyan, o que ya estén constituidas (artículos 5º párrafo segundo, y 8º, respectivamente), y que la I.E. pretenda adquirir, invertir en ellas, ampliar sus inversiones (en los supuestos previstos en el artículo 12 fracción III y IV, *in fine* de la Ley), o cambiar su ubicación; como también pueden referirse a la constitución o adquisición de derechos a través del fideicomiso (artículos 18 y ss. y 23 fracción III L.I.E.).

²⁸ A este respecto, véase Cruz González, Francisco José, “Participación de la inversión extranjera en el capital de empresas establecidas”, en *Jurídica*, vol. 8, 1976, pp. 258 y 264.

Respecto a las primeras, o sea, las empresas que se constituyan con I.E., deben considerarse las siguientes operaciones: a) Suscripción de acciones o de partes sociales (artículos 5º párrafo segundo y 23 fracción IV); b) Nombramiento de administradores y, en general, de representantes de sociedades y empresas (gerentes, apoderados) que permita su control por extranjeros (artículos 2º fracción IV, *in fine*, 50, párrafo segundo *in fine*, 8º, párrafo segundo); c) Celebración de pactos y convenios con sociedades (o con socios de ellas) y empresas que se constituyan, y a virtud de los cuales, se otorgue dicho control a la I.E., como pueden ser entre otros muchos, los contratos de administración, de comisión o de mandato; de suministro de materia prima o de tecnología; de prestaciones de servicios en el sentido más amplio de este término (*v.gr.*, a través de contratos de transporte); contratos de distribución, de financiamiento; de garantía sobre bienes de la empresa o sobre acciones de sus socios; de voto; de arrendamiento financiero de bienes; del derecho de “veto” de las resoluciones de los órganos sociales, etcétera, y ch) Negocios de garantía sobre bienes de sociedades o empresas, o sobre acciones o partes sociales de ellas.

En cuanto a empresas que ya estén constituidas, se pueden considerar las siguientes operaciones principales: a) Adquisición de la negociación; b) Adquisiciones, a virtud de cualquier negocio traslativo, de acciones o partes sociales; c) Suscripción de unas y otras en aumentos de capital de sociedades; ch) Adquisición, también en función de un negocio traslativo cualquiera, de bienes del activo fijo de negociaciones y sociedades; d) Arrendamiento o celebración de otros negocios que concedan el derecho de uso o de goce (*v. gr.*, usufructo, comodato, derechos de explotación en sentido amplio) de empresas, o de activos fijos o esenciales de ellas; e) Aumento de la I.E., ya sea mediante nuevos establecimientos, nuevas actividades económicas o nuevos productos que se elaboren (artículo 12 fracciones III y IV); f) Relocalización de establecimientos a zonas o regiones distintas, sin aumentar la I.E., y g) Los actos a que se refieren los incisos b), c) y ch) del párrafo anterior.

También en relación a empresas que ya estén constituidas, las operaciones pueden consistir en el derecho de preferencia que se otorgue a inversionistas mexicanos, frente a la I.E., con el alcance y en los términos de los artículos 9º y 10 L.I.E.

Pueden referirse las operaciones, igualmente, a la adquisición por inversionistas extranjeros, por medio del fideicomiso, de bienes o de derechos y a la suscripción de certificados de participación inmobiliaria (artículos 12 fracción III, 18 y 21 L.I.E.).

Desde el punto de vista de su naturaleza intrínseca, las operaciones de I.E., pueden clasificarse en cuatro grupos: Primero. Negocios de naturaleza real, traslativos de dominio o que constituyan garantías reales; Segundo. Negocios de naturaleza personal, que concedan derechos de uso o de goce,

o que se refieran a la transmisión de créditos; Tercero. Negocios de administración o gestión de sociedades y empresas, y Cuarto. Negocios de carácter administrativo.

Primer grupo. Deben considerarse incluidos dentro de este grupo de negocios reales, traslativos de dominio, o de garantías reales, los siguientes:

a) Adquisición de inmuebles por extranjeros fuera de las zonas prohibidas (artículos 17, 8º, párrafo primero);

b) Adquisición de terrenos (rústicos) y aguas en zonas prohibidas (artículo 7º);

c) Adquisición de empresas (artículo 8º párrafo primero);

ch) Adquisición de activo fijos y de activos esenciales (muebles o inmuebles) de empresas (artículo 8º párrafo primero);

d) Constitución (en propiedad) de nuevos establecimientos de empresas establecidas (agencias, tiendas, locales, sucursales, etcétera) (artículo 12 fracción III);

e) Suscripción y adquisición de acciones y de partes sociales (artículos 5º, párrafo segundo; 8º, párrafo primero);

f) Suscripción y adquisición de certificados de participación inmobiliaria (artículos 18 y 21);

g) Fideicomisos traslativos de dominio (artículos 18 a 21 y 123 fracción III);

ch) Constitución de garantías reales (prenda, hipoteca), y fideicomisos de garantía sobre bienes muebles e inmuebles (artículo 23 fracción III);

i) Otorgamiento de concesiones mineras (ex-artículo 5º inciso a).

Segundo grupo. Como negocios personales o de crédito, que concedan el uso o goce de un bien o de un derecho, o que supongan la transmisión de créditos, se anotan los siguientes:

a) Arrendamiento de empresas (artículo 8º párrafo 1º);

b) Arrendamiento de activos esenciales de empresas (*ibid*);

c) Trasmisión del uso y goce de acciones o partes sociales, o del derecho de voto;

ch) Trasmisión de créditos que implique la facultad de control de una empresa (artículos 2º fracción IV, 5º párrafo segundo, 8º párrafo primero);

d) Pago de dividendos (artículos 27, y segundo y tercero transitorios), y

e) Otorgamiento de preferencias a los inversionistas mexicanos (artículos 9º y 10).

Tercer grupo. Se deben incluir en él, lo sactos de administración y gestión que impliquen la facultad de determinar el manejo de empresas, sociedades y patrimonios (el fideicomiso) (artículos 2º fracción IV *in fine*; 5º párrafo segundo, 8º párrafo segundo, 23 fracción III), como son:

a) Contratos de mandato y de comisión;

b) Otorgamiento de poderes;

c) Nombramiento de administradores, gerentes y delegados fiduciarios;

ch) Actos y contratos de toda especie de los que se derive el control de la empresa, y

d) Actos de “interpretación gestora” (representación indirecta, simulada, etcétera, artículo 31).

Cuarto grupo. Negocios de carácter administrativo:

a) Otorgamiento de permisos administrativos por la CNIE y por Secretarías de Estado (artículo 8º primer párrafo);

b) Otorgamiento de concesiones y autorizaciones (artículo 5º);

c) Inscripciones ante el R.N.I.E. (artículo 23);

ch) Multas (artículos 28, 29 y 30), y

d). Resoluciones especiales y generales (acto legislativo en sentido material) (artículo 12 fracciones I a IV).