

**Capítulo VI. Operaciones traslativas del uso y goce de bienes. Preferencias a los inversionistas mexicanos. Control de empresas por la inversión extranjera . . . . . 107**

39. Arrendamiento de empresas y de sus activos fijos y esenciales . . . . . 107

40. Trasmisión del uso y goce de acciones y partes sociales . . . . . 109

41. Otorgamiento de preferencias a los inversionistas mexicanos . . . . . 111

42. La facultad de determinar el manejo de la empresa . . . . . 113

43. Participación de la inversión mexicana y de la extranjera en la administración de la empresa . . . . . 116

44. El llamado derecho de veto a favor de la minoría extranjera . . . . . 117

45. Formas de control . . . . . 121

## CAPÍTULO VI

### OPERACIONES TRASLATIVAS DEL USO Y GOCE DE BIENES. PREFERENCIAS A LOS INVERSIONISTAS MEXICANOS. CONTROL DE EMPRESAS POR LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Se consideran en este capítulo diversos supuestos que se incluyen en los grupos segundo y tercero, *supra* número 23.

#### 39. *Arrendamiento de empresas y de sus activos fijos y esenciales*

El artículo 8º se refiere al contrato de arrendamiento en forma por demás confusa e insuficiente. Equipara a la adquisición de activos el arrendamiento de una empresa o de los activos esenciales para la explotación. Tal equiparación no es clara. ¿Cómo asimilar el alquiler de una negociación con la adquisición del 49% de sus activos fijos? Cualesquiera que estos sean, no constituyen todos los activos fijos, ni menos son todos los bienes de empresa, y en cambio, el arrendamiento de ella supone la de todos sus activos. Más que de equipar figuras jurídicas, se trata de someterlas a un régimen uniforme de autorización de la Secretaría que corresponda según la rama de actividad económica de que se trate y de la resolución de la CNIE, que son los supuestos generales de la norma.

El método permite, igualmente, aplicar esos principios al caso del artículo 9º, de preferencia a inversionistas mexicanos para efectuar las adquisiciones a que se refiere el artículo anterior. Estos, pues, podrían gozar de preferencia frente de la I.E. para tomar en arrendamiento una negociación o sus activos.<sup>48</sup>

Por otra parte, como ya quedó asentado, el texto de artículo 8º refiere las restricciones que contiene, no a todos los sujetos de la I.E. enumerados en el artículo 2º, sino sólo a “las personas físicas o morales”; es decir, que no comprende a las “unidades económicas” de la fracción III ni de la frac-

<sup>48</sup> Rectifico, una vez más, distinta opinión que sustenté en mi libro, *Inversiones Extranjeras*, pp. 99 y ss.

ción IV a empresas cuya titular sea una persona física mexicana, ni tampoco, finalmente, en los casos de fideicomiso, a las instituciones fiduciarias, que aunque son personas morales, no están comprendidas en ninguno de los supuestos del artículo 2º. Éstas son omisiones del texto que deben llenarse con una interpretación sistemática y analógica, que aún no ha hecho la CNIE, porque indudablemente, sería contraria a la intención clara de la L.I.E., que en cualquiera de esos casos y de otros similares (*vgr.*, herencia yacente, fideicomiso, consorcio), los sujetos de la I.E. pudieran adquirir en propiedad o en arrendamiento cualquiera de los bienes o derechos a que se refiere el artículo 8º. La única conclusión posible es que la norma comprende a todos los sujetos de la Ley.

Además, la disposición del artículo 8º no debe restringirse al arrendamiento de empresas o de sus activos esenciales, sino a cualquier negocio jurídico que transfiera el uso o goce de dichos bienes: de la negociación como un todo, o de los activos de ella. Por tanto, quedan incluidos en esta disposición el subarrendamiento (artículos 2480 y ss. C. Civ.), el comodato (artículo 2497 C. Civ.), el secuestro en que corresponda la administración al secuestrario o embargante “extranjero” (artículos 552 y ss. C.P.C. A estos casos se aplicaría también el principio del control de empresas que establece el párrafo segundo del mismo artículo 8º y al que se hace referencia en *infra* número 42), el fideicomiso de garantía o de administración, el usufructo (artículo 980 C. Civ.) y el uso (artículos 1049 y 1053 C. Civ.); la aparcería y el arrendamiento de ganados (y en general, de animales), apiarios, plantas avícolas, etcétera (artículos 2470 y 2739 C. Civ.); el arrendamiento financiero (*leasing*), desde luego, en que el extranjero adquiriera el derecho de usar la empresa —y lo que es más común, el derecho de utilizar activos esenciales de ésta— y de adquirirla (opción de compra) al transcurso de cierto plazo. Estaría comprendida, asimismo, y al caso se aplicaría también el supuesto del control como forma de I.E., la llamada por *Ripert*, gerencia-arrendamiento, así como todo acto o negocio que implique la transferencia de la explotación de la negociación.

Al hablar de arrendamiento, al artículo 8º sólo se refiere al contrato en que el inversionista extranjero adquiriera derechos, es decir, que sea el arrendatario de la empresa o de activos de ella; en consecuencia, cuando el extranjero sea el arrendador (salvo en el caso de subarrendamiento, en que sí se aplicaría la norma), no se aplica el artículo 8º, aunque él se reservara derechos en la administración que supusieran el control de la negociación, y ello, porque tales derechos y dicho control los tendría antes de celebrar el contrato de arrendamiento, y los conservaría después. No habría, pues, ningún acto que concediera nuevos derechos a la I.E.

Aunque el artículo 8º sólo se refiere al contrato de arrendamiento de empresas establecidas, también debe aplicarse, en los términos de los artículos 2243 y ss. C. Civ., a la promesa de arrendamiento (y de negocios se-

mejantes) de empresas ya constituidas o que se constituyan y funcionen en el futuro.

La norma que se examina alude a “uno o varios actos o sucesión de actos”. Lo que se quiere decir es que siempre que un inversionista extranjero intervenga en el arrendamiento de activos de una empresa —como también en la adquisición de acciones o partes sociales de una sociedad—, debe requerirse la autorización de la Secretaría que corresponda y la resolución previa de la CNIE. Así lo establece la resolución número 11 a la que ya se aludió (*supra*, número 32). Esto es así, porque a través de dos o más negocios de arrendamiento de activos de la empresa, la I.E. puede llegar al uso y goce de toda ella, o puede sobrepasar el límite del 49% que fija el precepto legal. Esta restricción es seria, porque de no solicitarse las autorizaciones administrativas que impone el artículo, los actos que se realicen serán nulos, según dispone el último párrafo del propio artículo 8º.

Por lo que al arrendamiento de activos toca, el artículo 8 se refiere tanto a los fijos como a los esenciales. A aquéllos, en relación con las operaciones de adquisición; a los activos esenciales, respecto al arrendamiento. Como en los casos de adquisiciones de empresas (*supra*, número 31), o de sus activos fijos o esenciales (*supra*, número 32), de acciones y cuotas del capital de las sociedades (*supra*, número 36), o del arrendamiento de dichas negociaciones (*supra*, número 39), se trata de toda clase de actos y negocios traslativos de dominio y del uso y goce de dichos activos fijos y esenciales. Se aplica pues, a los supuestos que son materia de este inciso, lo que se afirma en esos otros incisos.

Además, aunque el artículo se refiera a la adquisición de activos fijos y al arrendamiento de activos esenciales, debe considerarse que también rige para el arrendamiento (y negocios similares) de activos fijos y para la adquisición de los que sean esenciales de una empresa. Una interpretación literal, iría en contra del propósito de la Ley.

Me remito a lo dicho en *supra* número 32, en cuanto al concepto de ambas clases de activos.

#### 40. *Trasmisión del uso y goce de acciones y partes sociales*

La L.I.E. no se refiere expresamente a estas operaciones, como en otro lugar se ha indicado (*supra* número 34); pero en cuanto a la adquisición del derecho de voto por alguno de los sujetos de la I.E., resulta evidente que a través de él puede obtenerse la facultad de determinar el manejo de la sociedad emitente de las acciones o de las partes sociales, e incurrir así en el supuesto de control previsto en los artículos 2º fracción IV *in fine*, 5º párrafo segundo y 8º párrafo segundo.

La trasmisión del uso o goce de dichos títulos representativos de capital,

estaría comprendida en el caso de adquisición del 49% de los activos de una empresa (artículo 8º), cuando ésta fuera la titular de las acciones o de las partes de interés de una sociedad, es decir, cuando la empresa (otra sociedad generalmente, pero, también cabría en un fideicomiso, o en el caso de la herencia yacente) fuera socia de la eminente y titular de dichos bienes de capital cuyo uso o goce concediera a un inversionista extranjero (esto también puede ocurrir con las sociedades de inversión y con las sociedades de control, *Holdings*). Las restricciones de los artículos 5º párrafo segundo, 8º y 23 fracción iv, también se aplicarían cuando la transmisión del uso y goce (del derecho de voto) se realizara a través de un contrato de garantía, como la prenda o el fideicomiso y, por analogía, el usufructo o el secuestro. Por analogía igualmente (y quizá por mayoría de razón), se debiera aplicar dicho principio restrictivo de la I.E. cuando la transmisión de derechos que atribuyen la calidad (*status*) de socio, se haga a virtud de pactos sociales o parasociales, como la sindicación de acciones, pactos sobre el voto, mandatos, administración o poderes que se otorguen a la I.E. para el ejercicio de los derechos de socio.

Estos negocios jurídicos se pueden plantear tratándose tanto de sociedades que ya estén funcionando, como de aquellas que estén por constituirse; en el primer caso, se aplicarían las restricciones del artículo 8º; en el segundo, las del artículo 5º párrafo segundo, y en ambos supuestos se aplicaría, salvo acuerdo de la CNIE, la prohibición de que el extranjero adquiera control de la sociedad, a través del voto de las acciones o cuotas de interés, objeto del negocio, cualquiera que sea su número o su cuantía.

La I.E. en partes sociales o en acciones, comprende la suscripción o adquisición de cualquiera de ellas, inclusive de una sola, para los efectos de inscripción en el R.N.I.E., según se desprende de los artículos 23 fracción iv L.I.E. y 25 R.R.I.E. Ahora bien, sin que en el caso que ahora se examina se trate de un negocio traslativo de dominio, ese mismo criterio de I.E. se debe aplicar a la transmisión del uso y del derecho de voto en las sociedades (de toda especie), porque el vocablo “transmisiones” del artículo 23 fracción iv L.I.E., debe interpretarse ampliamente para cubrir no sólo la transferencia de la propiedad, sino también transmisiones de ciertos derechos correspondientes al socio. Esta interpretación ha sido reconocida por el legislador según se desprende del artículo 34 R.R.I.E., que comprende a las garantías y al embargo de acciones o partes sociales.

La aplicación de la L.I.E. varía, pues, en relación a la transmisión de los derechos correspondientes al socio: primero, cualesquiera que ellos sean e independientemente de que se trate de una o varias acciones o partes de interés, o de la cuantía de éstas, la transmisión a un inversionista extranjero, es decir, a cualquiera de los sujetos de la Ley, tanto a virtud de un negocio traslativo como de un contrato de garantía, debe inscribirse en el R.N.I.E., segundo, la aplicación de la L.I.E. a la transmisión (en propiedad,

uso o garantía) de la totalidad de los derechos de socio, que implica la transmisión de las acciones o de las partes de interés, se examinó en el número 36, al que me remito; tercero, la transmisión del voto, en cualquier forma que se haga, requiere autorización de la CNIE, porque puede implicar el control de la sociedad por la I.E., y cuarto, las transmisiones de derechos pecuniarios del socio no están sujetas a limitaciones, registro, acuerdos o autorizaciones, sino que pueden hacerse libremente. No obstante, respecto a la cuota de liquidación pagadera al socio que sea un inversionista extranjero, puede consistir en la entrega de un activo fijo o esencial; en tal caso regiría la limitación del 49% que establece el artículo 8º y además, se requeriría la autorización y el acuerdo que establece el mismo precepto (*supra* 34).

#### 41. *Otorgamiento de preferencias a los inversionistas mexicanos*

Las dos únicas normas de la L.I.E. que se refieren a la promoción de la inversión mexicana, que indica el nombre de la Ley, están contenidas en sus artículos 9º y 10, y en rigor, este último poco agrega a lo que aquél establece, o sea, que la inversión nacional sea promovida por la CNIE; porque tal promoción, de acuerdo con la L.I.E., sólo podría hacerse a través del derecho de preferencia que establece el artículo 9º. Ambos preceptos se refieren únicamente al supuesto de empresas establecidas, que rige el capítulo II del que forma parte, por lo que pudiera sostenerse que no se aplica al caso de constitución de sociedades y empresas.

No obstante, para este caso de constitución, la CNIE debe conceder preferencia al capital mexicano sobre el extranjero, con fundamento en la facultad que le otorga la fracción III del artículo 12, según la cual se atribuye a la Comisión el derecho de “resolver sobre la I.E. que se pretenda efectuar en empresas establecidas o por establecerse en México”. En efecto, así como ella, al resolver sobre la inversión mexicana en empresas ya establecidas, puede con el mismo fundamento legal, conceder esta preferencia frente a un inversionista extranjero interesado, también puede concedérsela en los casos en que pretenda fundarse una empresa o constituirse una sociedad.

Sin otorgar preferencia, se llegaría al mismo resultado si la Comisión negara la solicitud de constitución, basándose en los criterios (que deben regir en los casos de decisiones discrecionales) a que se refieren las fracciones II y X del artículo 12, aunque, en sentido contrario, es decir, en pro de la inversión foránea, pudieran aplicarse algunos otros de los criterios a que esta misma norma se refiere, y los cuales desechara la Comisión, y que al adoptar esa decisión negativa ofrezca a capitalistas mexicanos la oportunidad de establecer la empresa. En este caso, sin embargo, no se

estaría ya en presencia de una preferencia que supone la concurrencia de dos o más sujetos para la obtención o el ejercicio de un derecho (sobre el concepto legal y la amplitud de las facultades discrecionales, vuelvo más adelante, *infra* números 79 y 80).

El segundo párrafo del artículo 9º supone que haya una oferta que establezca bases y que dentro de 90 días prorrogables por igual plazo, la CNIE otorgue el derecho de preferencia al inversionista mexicano frente al extranjero. De quién parta la oferta inicial, no se dice; por lo que tanto puede referirse a la que formule el inversionista extranjero para comprar bienes o derechos de una empresa mexicana, para adquirir la empresa misma o para tomarla en arrendamiento, como a la que provenga del inversionista mexicano, que quiera comprar. La oferta de compra incluso puede ser promovida por la CNIE (artículo 10) y otorgarse a una sociedad ya constituida o que al efecto se constituya (lo que propiciaría abusos y co-rruptelas), tanto si ella es privada como mixta o estatal.

En realidad, el derecho de preferencia a que se refiere el artículo 9º, mientras no sea reglamentado debidamente, carece de contenido y de eficacia. Se concreta a ser una de las “medidas” que juzgue convenientes tomar la CNIE para promover la inversión mexicana, a que se refiere el artículo 10.

Carece de eficacia, porque no es obligatorio para la Comisión el concederlo, como se desprende del texto de los dos artículos (cuando lo estime o lo juzgue conveniente) y del sistema mismo de la Ley, que no exige publicación alguna de las ofertas de compra o de venta, en exceso de los límites legales, respecto a los bienes o derechos a que se refiere el primer párrafo del artículo 8º. Por referirse la preferencia a esta norma, y por tratarse de una I.E. propiamente dicha (o sea, aquella que exceda los límites del 25% y del 49% y los casos de adquisiciones o arrendamientos de negociaciones o de activos de ellas), su alcance es limitado: se trataría de que tanto la CNIE como la “Secretaría que corresponda”, antes de autorizar esa clase de inversiones, prefieran a un inversionista mexicano que también estuviera interesado en ella. Pero, además de que existiera tal eventual inversionista nacional, la Comisión no podría imponer al vendedor que el mexicano fuera preferido frente a un extranjero con quien ha mantenido tratos y cuya participación quizás convenga más a su empresa.

Carece de contenido, porque de la norma no se desprende derecho subjetivo alguno que el inversionista mexicano (eventual adquirente) pueda exigir, ni obligación a cargo del inversionista nacional o extranjero, que quiera vender; ni sanción contra el enajenante o el adquirente que no respetaran este supuesto derecho, y porque no se establecen criterios o reglas en cuanto al precio y condiciones a que deban ofrecerse los bienes a los eventuales adquirentes mexicanos.

El derecho de preferencia del artículo 9º y la obligación de promoción a favor de la inversión mexicana del artículo 10, solamente constituyen uno de los criterios que debe tener en cuenta la CNIE para ejercitar las amplísimas facultades discrecionales que le concede el artículo 13. Si para la adquisición de esos bienes en las condiciones (reales y no simuladas) que fije el eventual enajenante, concurrieran la inversión extranjera y la mexicana, la Comisión debe siempre preferir a ésta, y si así no fuera, incurriría en abuso de poder. Si no hay tal concurrencia, la Comisión sólo tiene la facultad de buscar y de ofrecer en venta a un inversionista mexicano, en condiciones que convengan al vendedor y siempre que éste esté de acuerdo.

#### 42. *La facultad de determinar el manejo de la empresa*

Con tal terminología, en tres preceptos distintos (artículos 2º fracción iv segunda parte; 5º párrafo segundo, segunda parte, y 8º párrafo segundo, segunda parte), la Ley se refiere a un mismo asunto: el del control de las sociedades y empresas mexicanas por la I.E.

Este principio es fundamental en el régimen legal mexicano de las inversiones extranjeras. Se aplica a cualquiera de los sujetos enumerados en el artículo 2º, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 5º y 8º que usan la expresión “inversión extranjera” en el sentido que indica el primer párrafo de dicho artículo 2º, y también se aplica a los casos del fideicomiso, según lo establece la resolución general número 9, dictada por la CNIE (puntos resolutivos I-I, e indirectamente, 2-II y IV). El control, pues, a que este principio alude, tanto puede referirse a cualquiera de los “extranjeros” de las tres primeras fracciones del mencionado artículo 2º, como a las empresas mexicanas de la fracción iv, y a las instituciones fiduciarias. Además, se refiere por igual a las empresas (o patrimonios fideicomitados) que se establezcan (artículo 5º), como a las ya establecidas (artículo 8º). Incluye en los casos de estos dos preceptos, a los extranjeros inmigrados en el país, en cuanto “se encuentren vinculados con centros de decisión económica del exterior” (artículo 6º), expresión que claramente implica el control que realice la I.E. (cualquiera de los sujetos del artículo 2º), a través del inmigrado, sobre una empresa mexicana. En el caso del fideicomiso, incluye a cualquier extranjero, persona física, aunque sea inmigrado y no tenga tal vinculación, persona moral o unidad económica, así como a las “empresas mexicanas” que indica la fracción iv del artículo 2º, y también a otros fideicomisos que, controlados por la I.E., a su vez controlaran al primero.

Ahora bien, si tanto la fracción iv del artículo 2º, como el párrafo segundo del artículo 5º, solamente se refieran a sociedades al hablar de em-

presas (no así el artículo 8º que claramente comprende a negociaciones cuyo titular sea una sociedad u otra persona), parecería que el principio y las limitaciones del control a la I.E. no comprenderían los casos de empresas no societarias, que se establecieran. Empero, pese a que tal interpretación literal y sistemática de la L.I.E., llevara a semejante conclusión, posición que ya no me parece sostenible, el propósito del legislador y el espíritu de la ley conducen a sostener que a semejanza de la hipótesis del artículo 8º, también cuando se organice una negociación o un establecimiento de ésta, cuyo titular sea mexicano, pero que no sea una sociedad (es decir, que sea una persona o un grupo de personas físicas, o una “unidad económica” como puede ser el caso de que una empresa en actividad constituya otra, como parte de ella, con el carácter de agencia, sucursal, establecimiento, etcétera), se prohíbe, salvo acuerdo especial de la CNIE, que la facultad de determinar su manejo quede en manos de la I.E. Así se reconoció en el R.R.I.E., cuyo artículo 12 párrafo segundo, aplica el principio a empresas que se establezcan, distinguiéndolas de las personas morales, y la R.G. número 8 sobre “nuevos establecimientos” (artículo 12 fracción III L.I.E.), en la que (Punto Resolutivo 2) distingue la “empresa” del establecimiento, y considera a éste como “toda unidad técnica, o todo local físicamente independiente, donde una empresa pretende realizar cualesquiera actividades industriales, comerciales o de prestación de servicios”.

Esta restricción de la L.I.E. suele ir acompañada de la otra a que también se refieren los artículos 5º y 8º, o sea, la limitación a la I.E. de adquirir hasta el 49% de acciones, partes sociales o activos fijos, porque cuando se es titular de un porcentaje mayoritario del capital social o del patrimonio, generalmente se tiene el control del ente. Sin embargo, la restricción opera aun cuando el inversionista extranjero tenga menos del 49% (o del 25% del capital social), y aun cuando no tenga participación alguna, pero que adquiera dicho control, no por medio del voto, sino indirectamente, “por cualquier título”.<sup>49</sup> La prohibición, pues, opera con y sin las limitaciones de suscripción o adquisición de títulos representativos del capital o de bienes del activo, y con y sin las otras limitaciones que establece el artículo 8º.

Relacionados con esta forma de I.E. la Ley establece dos principios legales: uno, el que indica la primera parte del segundo párrafo del artículo 8º, según la cual “deberán someterse a autorización (de la Secretaría que corresponda), así como a resolución de la CNIE, los actos por medios de los cuales la administración de una empresa recaiga en inversionistas extranjeros”; el otro, lo fija el cuarto párrafo del artículo 5º: “la partici-

<sup>49</sup> *Cfr.* Del Villar, pp. 361 y ss, que se refiere a las dificultades y los problemas reales para identificar los “títulos” y para hacer efectiva esta limitación de control a la I.E.

pación de la inversión extranjera en los órganos de administración de la empresa, no podrá exceder de su participación en el capital”.

El primero de esos principios está redactado en una forma tan amplia, que puede comprender, en materia de sociedades, no sólo un acuerdo de asamblea o junta de socios que nombre un gerente o un apoderado, que sean extranjeros; no solamente la designación de todas las personas que integren el órgano de administración, sino también el nombramiento de uno solo de dichos miembros, en cuanto que la administración se comparte y se realiza por todos y cada uno de los integrantes, y lo mismo si se trata de empresas no societarias: el nombramiento de un extranjero o de un sujeto de la I.E., como factor: director o gerente general (artículo 309 C. Co.), o como mandatario o apoderado con toda clase de facultades (artículo 2554 C. Civ.).

Ese principio del artículo 8º no se aplica a empresas que se establezcan o sociedades que se constituyan, puesto que el capítulo II L.I.E., del que dicha norma forma parte, se limita al control de empresas establecidas. De ahí que si se constituyera una sociedad en que la administración correspondiera a los socios (ya sea por el tipo social que se elija, *vgr.*, las sociedades en comandita, o por cláusula de los estatutos), y estos, o alguno de ellos, son extranjeros, no se aplicará el artículo 8º, sino solamente el principio sobre el control, si la I.E. incurre en cualquiera de los supuestos del artículo 5º, o sea, que su participación en el órgano de administración sea mayor que la que tenga en el capital (párrafo cuarto), o que le corresponda por cualquier título la facultad de determinar el manejo de la empresa (párrafo segundo *in fine*). Ahora bien, salvo cuestión de matices, ambas formas de control son iguales en cuanto a su contenido: la prohibición de “determinar el manejo de la empresa”, según establecen ambos preceptos. La diferencia estriba en que en el caso del artículo 5º (constitución de sociedades), no se requiere la autorización de “la Secretaría que corresponda”, que establece el artículo 8º primer párrafo, ni se aplica la nulidad que establece el párrafo último de este artículo, sino que basta una resolución (especial) de la CNIE (artículo 5º párrafo tercero interpretado analógicamente) que permita una participación mayor de la I.E., en los órganos de administración bajo la sanción de la “nulidad” que establece el artículo 28 de la propia Ley.

El principio de control que se analiza, por otra parte, se refiere tanto a los actos de administración que se realicen, como a los actos a virtud de los cuales recaiga la administración en un inversionista extranjero; es decir, se refiere al nombramiento y a las decisiones del administrador o representantes, o a las resoluciones del órgano de administración de la empresa.

En cuanto al párrafo cuarto del artículo 5º, resulta obvio que no debe interpretarse literalmente, o sea, que la I.E. tenga en el órgano de admi-

nistración la misma participación que en el capital. La intención clara es que se conserve en aquél la composición minoritaria extranjera del capital, que, como se sabe, es del 49% como regla general, 40% en los casos que indican los incisos b) y c) del párrafo primero, 34% en el caso del inciso a); 25% en el supuesto del artículo 8º, y “los porcentajes y condiciones que establezcan otras leyes o disposiciones reglamentarias” (último párrafo del artículo 5º), y que si la administración recae en una sola persona, como en la S.A. en el caso del administrador único, o en las sociedades en comandita en las que el socio comanditado sea singular, tal administrador o dicho socio no puede ser ninguno de los sujetos de la I.E., sino, necesariamente, una persona física mexicana (o un inmigrado extranjero que a su vez, no esté sujeto a la I.E.), o una sociedad sin extranjeros o con inversión minoritaria extranjera.

El principio de la representación minoritaria en el órgano de administración también se aplica a sociedades en que ésta corresponda a todos los socios, como es el caso de la S. en N.C. y de la S. de R.L. (artículos 40 y 74 párrafo 2º L.S.M.), ya que, aunque el número de administradores mexicanos y extranjeros sea igual, por lo que cabría el empate, éste, en la S. en N.C., se resolvería por la junta de socios por una mayoría que se compute por cantidades (artículo 46), y ya se sabe que a los mexicanos correspondería, cuando menos, el 51% del capital social; en el caso de la S. de R.L., la solución estribaría en confiar la administración a un tercero (que obviamente no podría ser un inversionista extranjero), o en excluir al socio, o a alguno de los socios extranjeros (artículo 74 primer párrafo), para que los mexicanos tengan mayoría.

#### 43. *Participación de la inversión mexicana y de la extranjera en la administración de la empresa*

La prohibición legal de que la I.E. tenga la facultad de determinar el manejo de la empresa, no supone que dicha facultad siempre corresponda a los inversionistas mexicanos, es decir, que se excluya el control extranjero no lleva necesariamente a afirmar que solamente corresponda al capital mexicano. La solución correcta es que ambos inversionistas (socios) compartan la administración.

Ciertamente, cuando la L.I.E. establece la participación minoritaria en el órgano de administración (artículo 5º párrafo cuarto), está reconociendo el alcance del principio de las mayorías a que se refieren varios preceptos, como son, en materia de copropiedad, el artículo 946 C. Civ., de condominios, los artículos 7º y 24 fracción III y 27 fracción V de la Ley sobre el régimen de propiedad en condominio de inmuebles, para el Distrito Federal (D.O. 28-XII-72); en el caso de sucesiones, al artículo 1682 C. Civ.,

de sociedades civiles, los artículos 2703, 2713, 2717, 2719, de sociedades mercantiles, entre otros, los artículos 37, 45, 65, 75, 143, 198, L.S.M., y cuyos efectos establece claramente el artículo 200 L.S.M.: “las resoluciones legalmente adoptadas por las asambleas de accionistas son obligatorias aun para los ausentes o disidentes...”. Desde este punto de vista, parecería que a la inversión mexicana, por tener que ser mayoritaria, le correspondería siempre tal control.

Sin embargo, esta conclusión sólo puede sostenerse en su aspecto negativo; es decir, que salvo acuerdo expreso de la CNIE, nunca puede corresponder el control a la I.E., y aún más, que normalmente corresponderá el control a la inversión mexicana. Afirmar, en cambio, que éste le corresponde *ope legis*, significaría privar al socio de un derecho individual que le es propio (participar en la administración), e incluso limitar el derecho de separación que para ciertos tipos sociales concede la L.S.M. (artículos 37, 38, 57, 86) por una parte, y por la otra, imponer un principio, el mayoritario, sin tener en cuenta muchos temperamentos que establecen nuestras leyes: unas veces, para exigir unanimidad, lo que es frecuente en las sociedades personales (artículos 2707 C. Civ.; 31, 35, 57 L.S.M.), pero que también se da en las sociedades de capital (artículos 65, 83 *in fine*, 188, L.S.M.), y en materia de copropiedad (artículo 945 C. Civ.) y de condominios (artículo 2º párrafo final de la Ley relativa); otras, para requerir el acuerdo previo de la minoría (artículo 195 L.S.M.); otras más, al permitir expresamente que se aumente el quórum necesario para constituir una asamblea, o para adoptar resoluciones (artículos 77 y 190 L.S.M.), con el claro propósito de proteger a la minoría, lo cual en materia de sociedades constituye uno de los principios básicos de su regulación.

Subordinar siempre y en todo caso la I.E. a los dictados de la mayoría mexicana, resulta excesivo y no encuentra justificación clara o expresa en la L.I.E. Ni del texto de ella, ni de su Reglamento, ni de resolución general alguna dictada por la CNIE, se desprende, en efecto, tal principio de subordinación, y la Iniciativa con la que, a manera de exposición de motivos el ejecutivo presentó el Proyecto de Ley al Congreso de la Unión, del que se desprende la intención del legislador (*la ratio legis*), tampoco impone el control de la inversión mexicana y el sometimiento de la I.E.

#### 44. *El llamado derecho de veto a favor de la minoría extranjera*

En la práctica de sociedades con minorías (extranjeras principalmente), se acude a incrementar los límites legales establecidos para fijar las mayorías requeridas por ley, tanto para la celebración de asambleas como para la adopción de acuerdos. El aumento, que debe establecerse en los estatutos para ser válido, tiende a proteger los derechos de la minoría, por

lo que se manifiesta imponiendo la participación de ella en esos casos, o sea, que para la validez de las asambleas y de sus resoluciones, se exija la concurrencia de los dos grupos. Si a la minoría corresponde el 49% del capital, el número o el porcentaje requerido sería cuando menos del 52%; es decir, 51% de la mayoría mexicana y 1% de la I.E., con lo que se impondría su participación, si esa minoría constituye un grupo homogéneo o está representada por un solo socio.

¿Es válido este pacto (que suele denominarse “derecho de veto”, en cuanto que concede a la minoría la posibilidad de impedir —de vetar— la adopción del acuerdo por la mayoría)? La cuestión debe resolverse tanto desde un punto de vista general, aplicable a todo negocio colegiado, y principalmente a las sociedades, como desde el punto de vista especial de las inversiones extranjeras.

En términos generales, debe afirmarse que el voto de la mayoría no es un elemento esencial de los negocios colegiados, ni de los asociativos. En ambos, se aplica como un principio natural, que conduce al cumplimiento de la finalidad del negocio con el sacrificio del menor número y la imposición de la voluntad del número de socios o del porcentaje de capital que sean mayores. Que no sea esencial, se prueba con el reconocimiento legal del principio de la unanimidad. Pero, la regla de la mayoría, no sólo puede derogarse por disposición expresa de la ley, sino que también puede modificarse por voluntad de las partes, en cuanto que no se violen principios de interés público, o que con la modificación no se cambie la naturaleza o la estructura del negocio, o que, finalmente, la modificación no afecte derechos de terceros. Y nada de esto se presentaría, *necesariamente*, en el caso de admitirse la validez del “derecho de veto” en el caso de la L.I.E. Convengo que el ejercicio del veto podría impedir el funcionamiento de la sociedad, lo que llevaría a su disolución por imposibilidad de cumplir la finalidad social (artículo 229 fracción II L.S.M.), y entonces no sería válido en cualquier tipo de sociedad y, en consecuencia, en los casos de aplicación de la L.I.E. Tales supuestos se darían, por ejemplo, respecto a la aprobación anual de los estados financieros o al nombramiento de miembros de los órganos de administración o de vigilancia.

Pero sí cabe que en el contrato social se pacte la participación de la minoría, respecto a asuntos que son propios de las juntas o asambleas extraordinarias de socios, como son la modificación de los estatutos, o de aquellos que correspondan a la junta o asamblea ordinaria de socios, o al órgano de administración, y de los cuales no dependa ni la subsistencia ni el funcionamiento regular de la sociedad; es decir, que ella no dependa de facultades cuya falta de ejercicio implique la imposibilidad de seguir realizando su objeto.

*Mantilla Molina*, niega que nuestra L.G.S.M. permita ese derecho de veto, en relación a asambleas ordinarias y juntas del consejo de adminis-

## INVERSIONES EXTRANJERAS

119

tración de las S.A. Su punto de vista se apoya, tanto en el peligro de que el derecho de veto que se conceda a la minoría lleve a la parálisis de la sociedad, como sobre todo, en la distinta redacción del artículo 143 párrafo tercero, L.S.M., en relación con el consejo de administración y del artículo 189 respecto a la asamblea ordinaria de accionistas, en relación con el texto del artículo 190, que se refiere a las asambleas extraordinarias. Esta última norma expresamente permite el acuerdo de los socios para variar los límites de la mayoría de asistencia fijado para la Ley. Si la L.S.M., en este caso, permite expresamente que se incremente la mayoría que establece, y en aquellos otros dos casos (así como en el caso de la mayoría necesaria para tomar acuerdos en las asambleas extraordinarias) no dice nada, debe interpretarse ese silencio, afirma dicho autor, en el sentido de no permitir aumento alguno en las asambleas ordinarias y en las juntas del consejo (ni tampoco debería permitirse en las asambleas extraordinarias respecto al "quórum de votación", como lo llama *Rodríguez*).

La práctica prevaleciente, que hasta la fecha no ha sido objetada por la CNIE (ni decisión judicial alguna, que yo sepa, ha acogido la tesis de aquel ilustre maestro), concede el derecho de veto en los tres casos, y tanto en relación con el quórum de asistencia como con el de votación; es decir, tanto en relación con asuntos atribuidos a las asambleas extraordinarias, como con los de asambleas ordinarias y los de juntas de consejo. Y si bien la distinta redacción del artículo 190 respecto a la de los artículos 189 y 143, parece indicar la intención del legislador (lamentablemente, la Exposición de Motivos de la Ley es también omisa) de permitir el aumento sólo en las asambleas extraordinarias, el asunto no es tan claro como sería de desearse, ya que cuando menos una disposición de la L.S.M. sí parece admitir mayorías especiales respecto a las asambleas ordinarias.

En efecto, en la fracción XII del artículo 182 se permite un quórum especial respecto a asuntos distintos de los enumerados en las otras fracciones de la misma norma. Pues bien, ese quórum solamente puede referirse, por una parte, a asambleas ordinarias, porque los asuntos que se listan en las once primeras fracciones del artículo 182 son todos los que puedan ser materia de asamblea extraordinaria (o sea, que la lista de esas fracciones constituye un *numerus clausus*), por lo que sería ilógico que la fracción XII que se examina dijera que también son extraordinarias, las asambleas extraordinarias, en cuanto que sólo para éstas se admitiera el quórum especial, y por otra parte, sólo puede referirse a aumentos, no a disminuciones, de los límites que la Ley fija a las mayorías, ya que es un principio general reconocido en materia de sociedades que las restricciones que establece la ley en protección de minorías no pueden incrementarse en beneficio de las mayorías; en ese sentido, resultan ser normas de orden público.

De acuerdo con dicho precepto, esas asambleas ordinarias a las que se

señalara un quórum especial (necesariamente más alto que el que la propia L.S.M. establece en los artículos 189 y 191 párrafo primero), se convertirían en extraordinarias. A pesar de que esta solución resulta inaceptable, porque vulnera el criterio tradicional de distinción entre asambleas ordinarias y extraordinarias, que estriba en atribuir a éstas una competencia limitada a los asuntos que se anumeran en la propia Ley (que en general consiste en modificaciones a los estatutos), y a las ordinarias todos los demás asuntos; si se aceptara, no podría ser respecto a todos los asuntos que son propios de las ordinarias, porque algunos hay, los que señala el artículo 181, que deben tratarse precisamente en asambleas ordinarias (anuales), como son la discusión, aprobación o modificación de los estados financieros, el nombramiento (o revocación) de administradores y comisarios, y los emolumentos que deben pagarse a unos y otros, cuando no hayan sido fijados en los estatutos. Consecuentemente, la interpretación sistemática de esa fracción XII del artículo 182, en relación con el artículo 181, impone la exclusión de los asuntos a que esta última norma se refiere respecto a los quórum especiales a que alude aquella otra disposición. Dicho en otras palabras, para los asuntos del artículo 181 no se permite variar los quórum propios de las asambleas ordinarias.

Pero, además, cuando a virtud del derecho de veto —como cualquier otro acto o negocio jurídico— recaiga en la I.E. el control de la sociedad, se aplica, sin género de duda, la prohibición de la L.I.E. Cualquier “título” por el que aquélla adquiera el control, provoca la aplicación de ella (inclusive, de las sanciones que establece el último capítulo, artículos 26 a 31). Contrariamente, si el control extranjero no deriva de un pacto que imponga a la inversión mexicana una obligación de hacer o de no hacer (votar en tal o cual sentido, o dejar de hacerlo en tal o cual otro, o en una junta o asamblea), sino de que el socio mexicano libremente vote en sentido favorable a los intereses de la I.E., o que sencillamente se abstenga de votar en contra de ellos, o que no acuda a las asambleas, no se daría el supuesto de la norma, porque no existiría título alguno del que se desprenda el control por la I.E. Porque, efectivamente, ningún *título* sería la actitud complaciente o la mera inhibición del inversionista nacional.

Lo que pasa en la gran mayoría de estos casos, es que sí existe un pacto o convenio; pero que resulta difícil y hasta imposible probarlo, por lo que, en mi opinión, cuando a virtud de la reiteración de tal conducta u omisión, por parte de la inversión mexicana, resulte que el control recae en el inversionista extranjero, debe presumirse, salvo prueba en contrario, que existe un compromiso o un pacto, es decir, un “título”, y considerar, en consecuencia, que se está en presencia de una de las formas de I.E., y que, por lo tanto, se debe aplicar la L.I.E. y, en especial, los artículos 8º, 12 fracciones II, III, IV; 23 fracciones II; 27, 28, 29 e inclusive el artículo 31, en el caso de que la inversión extranjera adquiriese los bienes referidos en

el artículo 8º, sin las autorizaciones del caso. Los socios mexicanos, o el inmigrado extranjero, tendrán que justificar que su conducta complaciente o abstencionista, se da en interés propio, o en el interés superior de la misma sociedad.

#### 45. *Formas de control*

Para efectos didácticos, se puede hablar de formas directas e indirectas de controlar una negociación o una sociedad.

Directas serían, en primer lugar, el nombramiento de gestores, de representantes, de apoderados. A ellos corresponde propiamente (*directamente*) el manejo de la empresa o de la sociedad. Si se trata de una administración plural, el nombramiento por la I.E. de la mayoría de los miembros o de la mitad, pero atribuyendo a uno de ellos el llamado voto de calidad que corresponde al presidente —artículo 143 *in fine* L.S.M.—, implica otorgarle el control. Por ello, el párrafo cuarto del artículo 5º exige que la participación de la I.E. en los órganos de administración sea minoritaria, como lo debe ser en el capital de las empresas.

Si la administración es singular, obviamente el administrador, cualquiera que sea el título que tenga o el nombre con que se le designe (apoderado, gerente, director, etcétera), no debe ser nombrado ni manejado por la I.E. Esto se aplica, tanto respecto al administrador o gerente único de sociedades (S.A. y S. de R.L.), como al único socio o asociado que administre (*vgr.*, el comanditado, el administrador en las sociedades, civiles, el asociado en la A. en P. y de ciertos representantes legales o convencionales, como los “funcionarios”, directores, etcétera, en los casos de fideicomisos —véase *supra* número 30— condominios, etcétera).

De control directo puede hablarse, en segundo lugar, cuando la I.E. goce —de derecho o de hecho— de la mayoría de votos en el seno de las asambleas de socios o de las juntas del órgano de administración. Tal sucede cuando tuviera más de la mitad del capital o del número de los administradores, como quiera que se les llame e independientemente de que sean designados o que la administración les corresponda por ley o por pacto; pero también sucede cuando corresponda al inversionista extranjero la titularidad de la mayoría del voto de las acciones o de las partes sociales, y a la inversión mexicana —mayoritaria supuestamente— la minoría de esas acciones o partes sociales con voto. Como en otro lugar se ha dicho (*supra* número 34), el control extranjero por medio del voto y de las limitaciones o la privación de él al inversor mexicano, se puede dar tanto por medio de la suscripción por los mexicanos de acciones a partes sociales (en la S. de R.L.) con voto limitado, como a través de la

amortización de unas y otras; de conflictos de intereses entre la sociedad y los socios mexicanos, etcétera.

Otros medios directos de control pueden consistir en convenios especiales de gestión o administración de las sociedades o empresas mexicanas por parte de cualquiera de los sujetos de la I.E., o bien, en convenios y gravámenes o restricciones sobre acciones (prenda, usufructo, depósito en garantía, secuestro, etcétera) a virtud de los cuales se prive de voto al mexicano y se conceda al extranjero (acreedor, usufructuario o nudo propietario, depositario, embargante), o puede consistir en la organización de grupos de sociedades en los que las mexicanas pierdan independencia en favor de uno de los sujetos previstos en el artículo 2º, o de una institución fiduciaria en el caso del fideicomiso; o en fin, en la constitución de sociedades de control, que ejerzan éste sobre las sociedades mexicanas controladas.

El grupo minoritario extranjero puede también obtener el control directo a través de convenios *ad hoc*, como pactos de voto, sindicación de acciones y el mismo "derecho de veto", que impidiera nombrar administradores que no estuvieran sometidos a los dictados del inversionista extranjero, o remover a aquellos que resultaran proclives a acatar las instrucciones de la I.E.

Los medios indirectos son innumerables (*Berle and Means*). Algunos, prohibidos expresamente por ley, como los pactos que restrinjan el voto de las acciones (artículo 198 L.S.M.), o la designación o utilización de prestanombres, que sanciona hasta con pena corporal el artículo 31 L.I.E.; otros, que deriven de relaciones contractuales de cualquier índole, entre los inversionistas mexicanos y los extranjeros, a través principalmente de contratos de suministro, de transferencia de tecnología, de *know how*, de uso de bienes de la propiedad industrial (patentes, marcas, nombre comercial), de distribución de mercancías; otros más, en que se acuda a la colocación en bolsa, con su consiguiente dispersión, de acciones que sólo puedan ser suscritas por mexicanos (el 51% o un porcentaje distinto) y el inversionista extranjero retenga el paquete minoritario que en realidad controla la sociedad; lo que también puede lograrse y suele hacerse por medio de transmisiones en fideicomiso de acciones de inversionistas mexicanos, para que la institución fiduciaria las vote o deje de votarlas, pero siempre en interés, e inclusive por intrucciones del inversionista extranjero.