

Capítulo II. Principios fundamentales de la legislación sobre inversión extranjera	27
10. Sujetos inversionistas	27
11. Control por inversionistas extranjeros de la empresa y de la sociedad mexicana	30
12. Actos y negocios de inversión extranjera	32
13. Libertad del extranjero para invertir si se respetan las limitaciones de la ley	36
14. Preferencia a los inversionistas mexicanos frente a los extranjeros	38
15. Fideicomiso como medio de la inversión extranjera	39
16. La Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras	41
17. El Registro Nacional de Inversiones Extranjeras	42

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA LEGISLACIÓN SOBRE INVERSIÓN EXTRANJERA

10. *Sujetos inversionistas*

En su artículo 2º, la L.I.E. califica de *inversión extranjera* la que realizan los distintos sujetos que la misma norma enumera en sus cuatro fracciones. De ellas, las dos primeras se refieren a personas extranjeras, a las físicas la fracción II, a las personas morales la fracción I. En cambio, la fracción III considera a un sujeto que no es persona, puesto que se trata de “unidades económicas extranjeras sin *personalidad jurídica*”.

La fracción IV comprende dos supuestos distintos: uno el de “empresas mexicanas en las que participe mayoritariamente capital extranjero”. Con esta impropia terminología, la norma alude a sociedades o asociaciones mexicanas, a las que no siempre corresponde una personalidad jurídica propia (vgr., la llamada sociedad conyugal y la asociación en participación), por lo que también en estos casos se trata de sujetos que no son personas.

El segundo supuesto, es el de los “extranjeros que por cualquier título tengan la facultad de determinar el manejo de la empresa” (de una empresa mexicana), que no siempre se refiere a personas físicas o jurídicas, puesto que cabe atribuir tal facultad a un *trust*, a una asociación sin personalidad, etcétera.

Qué diferencia existe entre una persona y un sujeto para los efectos de la L.I.E., se desprende de la noción misma de personalidad: es persona quien tiene tanto la capacidad general de goce como la de ejercicio y, consecuentemente, quien está legitimado para exigir el cumplimiento de sus derechos (legitimación activa) y para responder del cumplimiento de sus obligaciones (legitimación pasiva); quien puede nombrar representante para el ejercicio de derechos o la satisfacción de obligaciones y quien, por último, es dueño o titular de un patrimonio propio y autónomo. A la persona le corresponde una capacidad general, que se restringe solamente a virtud de norma expresa.

Sujeto sin personalidad, o sea, sujeto que no es una persona, es aquel ente, aquella figura o situación jurídica (*vgr.*, un grupo de personas, el patrimonio de afectación, ciertas asociaciones civiles o mercantiles, la “unidad económica”), a la que el sistema legal no atribuye plena capacidad de goce o de ejercicio, ni un patrimonio propio (salvo que a este mismo se le conceda personalidad), pero que le otorga ciertas facultades y determinados derechos, que son distintos —y que pueden ser ajenos— a los que correspondan a la persona o personas que constituyan dicha figura; como sería el caso de ciertas actividades (realizar inversiones) de las asociaciones sin personalidad, o de las “cajas y uniones de seguros de los organismos profesionales que sin expedir pólizas o contratos concedan a sus miembros seguros en caso de muerte...” (artículos 4º L.I.S.); ser causante del impuesto sobre la renta, según el artículo 3º fracción III de la L.I.R. que estuvo en vigor hasta el 31 de diciembre de 1980, o del impuesto al valor agregado, artículo 1º; comparecer en juicio a través de un procurador judicial o del representante común de las personas que integren al “sujeto” o “parte” procesal (*vgr.*, en la comunidad de bienes, artículo 53 C.P.C.), o del representante legal que se le designe (*vgr.*, en el caso de la herencia yacente, artículo 28 fracción II C.P.C., o de la quiebra, artículos 46 y 48 L.Q.). A estos sujetos no corresponde un patrimonio propio distinto al de las personas que integren el ente, como en esos dos casos de la herencia y de la quiebra, en que los bienes pertenecen a los herederos y al quebrado, aunque se trate de un patrimonio afectado a un fin determinado (el caso también del fideicomiso), y la capacidad general tanto del titular del patrimonio como de su representante legal, también está limitada por la finalidad (de afectación) de los bienes.

El sujeto sin personalidad carece de patrimonio, como en los casos antes mencionados, así como en ciertos estados de comunidad o copropiedad, en la sociedad conyugal, en la A. en P.; en los que el titular o los titulares de los bienes, son los copropietarios, comuneros o condóminos, los cónyuges y el asociante. Es posible, inclusive, hablar de personalidad de un patrimonio afectado a un fin benéfico, como sucede con las fundaciones; pero no con el fideicomiso, en el que la personalidad corresponde al titular de los bienes o derechos fideicomitidos, o sea, al fiduciario, aunque también en este caso exista la afectación del patrimonio a los fines señalados por el fideicomitente, en el negocio constitutivo, y también se limite la capacidad del fiduciario en función de los fines del fideicomiso.¹¹ En todo caso, detrás del sujeto, como integrantes de él, o como beneficiarios (en el caso de

¹¹ Empero, en la práctica se dan casos en que el patrimonio fideicomitado, tiene sus propios representantes (comités), que inclusive dan instrucciones al titular (fiduciario) y lo relevan de responsabilidad (!). Considero que estos casos, constituyen violación del concepto de fideicomiso y de transmisión fiduciaria, por amplios que estos sean.

las fundaciones, de la quiebra, de la herencia), están personas físicas (*vgr.*; en la sociedad conyugal), personas morales (grupos de sociedades), o unas y otras (como en los consorcios, las fundaciones, las asociaciones, las comunidades), quienes, en definitiva, son los interesados o los afectados por la actividad realizada o atribuida al sujeto. Su existencia depende siempre de un reconocimiento expreso del legislador y la amplitud de su capacidad de goce y de ejercicio también dependen de lo que el Ordenamiento establezca.

Los sujetos enumerados en el artículo 2º se distinguen, en primer lugar, en función de la nacionalidad: todos son extranjeros, excepto las “empresas” a que se refiere la fracción IV, que deben ser mexicanas. En segundo lugar, en función de la inversión: los de las tres primeras fracciones son entidades que realizan directamente una inversión propia, es decir, que dan o transmiten bienes o derechos; en cambio, las empresas mexicanas de la fracción IV no hacen la inversión, ni transmiten bienes o derechos, sino que la reciben, precisamente de los inversionistas (socios) enumerados en las cuatro fracciones, o sea, que estos últimos son los sujetos activos de la inversión extranjera, y aquella, la empresa mexicana, el sujeto pasivo, que recibe los bienes o derechos del socio inversionista.

En tercer lugar, se distinguen los sujetos en relación con las obligaciones de dar o hacer que asuman: en el caso de las tres primeras fracciones, así como en el caso de los inversionistas extranjeros de la primera parte de la fracción IV, la inversión consiste en un *dar*, en cambio, en la segunda parte de la fracción IV, la inversión extranjera, no estriba en un dar (transmitir o recibir bienes o derechos), sino en un hacer (*facere*), consistente en manejar la empresa mexicana, como la propia norma indica. Es decir, esta última forma de inversión extranjera, se caracteriza por obtener el extranjero el manejo de la negociación, y sólo se refiere a la empresa mexicana, que también por este concepto sería sujeto pasivo de una “inversión”, por la cual cualquiera de los sujetos enumerados en las cuatro fracciones del artículo 2º obtenga el control o “la facultad de determinar su manejo”.

Ahora bien, pese a la fórmula tan amplia y general en que están redactados los supuestos de las fracciones I, II, III y IV en su primera parte, del artículo 2º, no toda persona física o moral, o unidad económica extranjera, ni toda empresa mexicana con mayoría de capital extranjero, que inviertan en México (es decir, que transmitan o adquieran bienes o derechos, o que presten servicios), están reguladas total o parcialmente por la L.I.E. Los supuestos excluidos de la ley, son los siguientes:

a) Los extranjeros con *status* de inmigrado, a quienes el artículo 6º equipara a los mexicanos, con las limitaciones que esa norma fija.

b) Las sociedades extranjeras (y también podrían ser las unidades económicas extranjeras), a las que se autorice a ejercer el comercio en Méxi-

co, en los términos de los artículos 15 C. Co., y 250 y s. L.S.M. Estas sociedades están regidas por un sistema legal propio y no les afectan las limitaciones, ni las obligaciones de inscripción en el R.I.E., que establece la L.I.E.

c) Cualquiera de los sujetos del artículo 2º, cuando trasmitan bienes o derechos o se obliguen a prestar servicios a empresas o sociedades mexicanas sin recibir a cambio acciones, o partes sociales, ni obtener la facultad de determinar el manejo de tal empresa o sociedad.

ch) Una exclusión parcial de la L.I.E., pero solamente en cuanto a la limitación máxima que fija respecto de la participación en el capital social (49%, artículo 5º párrafo segundo), y en los órganos de administración de sociedades (que deberá ser proporcional a aquélla, artículo 5º párrafo cuarto), opera respecto a sociedades regidas por leyes especiales, como es el caso de las indicadas en el núm. 7 *supra*. Estas empresas (de transportes, bancarias, aseguradoras, de fianzas, minas, petroquímicas), están regidas por leyes propias en cuanto a dichas participaciones en el capital social. En cambio, el régimen de la L.I.E., por lo que toca al registro de inversionistas y de inversiones, sanciones, etcétera, les es aplicable en todo aquello que no esté previsto por esas leyes especiales que las gobiernan. No es aplicable, en cambio, la discrecionalidad atribuida por la L.I.E., a la CNIE, en cuanto a variaciones de los porcentajes fijados por esas leyes especiales (véase *supra* núm. 9 e *infra* núm. 80).

11. *Control por inversionistas extranjeros de la empresa y de la sociedad mexicana*

Para los efectos de la L.I.E., el control de una empresa mexicana, o sea, la facultad de determinar su manejo, constituye la forma de inversión extranjera de alcances más amplios y generales, puesto que, salvo el caso de sociedades constituidas en el extranjero que estén autorizadas para ejercer el comercio, esta modalidad de inversión extranjera se aplica siempre, independientemente de que se trate de un sujeto de los comprendidos en el artículo 2º fracciones I a IV, o bien, de que no lo sea, y se trate de un inversionista mexicano (persona física, sociedad, asociación, "unidad económica", etcétera; que sean titulares —empresarios— de la empresa controlada); con independencia también del procedimiento o de la persona a través de los cuales se obtenga y se ejercite el control; de la nacionalidad de dicha persona o sujeto que lo ejerza, de cual sea la sociedad o empresa de la que se obtenga el control, y cual el acto, el negocio jurídico o la abstención que permitan que esa persona o ese sujeto la controlen.¹²

¹² Gómez Palacio y Gutiérrez Zamora, Ignacio, *Análisis de la Ley de Inversión Extranjera en México*, 1974, p. 50, conviene que la prohibición del control extran-

Respecto a esta forma de inversión extranjera, la L.I.E. habla del control de extranjeros con una terminología muy amplia: “que los extranjeros tengan por cualquier título, la facultad de determinar el manejo de la empresa” (artículo 2º fracción IV, artículo 5º párrafo segundo *in fine*, artículo 8º párrafo segundo *in fine*). Esto es lo importante: la facultad (o la mera posibilidad) del extranjero de determinar el manejo de la empresa mexicana, o sea, que le corresponda, por cualquier *título jurídico*, el control de una negociación nacional, cualquiera que ella sea (salvo, siempre, las sociedades extranjeras autorizadas a ejercer el comercio en México).

A reserva de analizar con mayor amplitud esta forma de inversión extranjera (*infra* números 42 a 45), queremos enfatizar la importancia que tiene para el sistema de regulación de la L.I.E., esta forma de inversión. Al lado de la inversión propiamente dicha, que supone la adquisición por extranjeros de bienes o derechos que forman parte o que constituyan empresas y sociedades mexicanas, la L.I.E. regula y restringe la facultad de control que ellos puedan adquirir o tener. E inclusive, esta forma de inversión extranjera colma deficiencias y lagunas de la otra forma: tratándose, por ejemplo, de empresas que ya estén establecidas, el primer párrafo del artículo 8º limita el derecho de invertir (mediante la adquisición de acciones o partes sociales; de empresas y sus activos fijos; o mediante el arrendamiento de empresas o de sus activos esenciales) a las “personas” a que se refiere el artículo 2º (párrafos I, II y IV), pero no respecto a los sujetos que carezcan de personalidad (como son los de la fracción III, y en algunos casos, de la fracción IV); esa omisión, en el supuesto de que la norma se interprete literal y restrictivamente, se colma con la fórmula general de control, como inversión extranjera, que ofrece el párrafo segundo del mismo artículo 8º, según la cual, el control de la empresa mexicana está vedado al inversionista extranjero.

El control de una empresa (sociedad), no sólo puede derivar de la titularidad de la mayoría del capital social (es decir, de las acciones que lo representen, o de las partes o cuotas sociales en que se divida); aunque tal hecho siempre implique dicho control, y por esa razón, tradicionalmente ha jugado como *principio*, en la legislación mexicana sobre inversión extranjera, que el máximo que ésta pueda adquirir sólo sea el 49% del capital.

En efecto, es evidente que el dominio de una empresa se obtiene a través de múltiples actos y negocios, e inclusive a través de hechos como la abstención, el ausentismo. Pues bien, cualquiera que sea la situación jurídica de la sociedad (*vgr.*, existencia de acciones con voto limitado, o la

jero constituye un aspecto fundamental de toda la L.I.E. En cambio, para Del Villar, p. 336. “la piedra angular del sistema ha sido la regulación de la participación extranjera en el capital de las empresas”.

1. Inversión extranjera en el capital de empresas.

A. En el capital social.

- a) Suscripción y adquisición de acciones.
- b) Suscripción y adquisición de partes sociales.

B. En el patrimonio de empresas.

Adquisiciones de bienes del activo fijo y de activos esenciales.

C. En distintas clases de empresas.

- a) Sociedades civiles y mercantiles.
- b) En negociaciones o empresas propiamente dichas.
- c) En otras instituciones o entes.

2. Adquisición de bienes y derechos.

Clases de bienes y derechos a que se refiere la Ley y el Reglamento.

- a) Suscripción y adquisición de bienes.
- b) Suscripción y adquisición de derechos sobre partes sociales.
- c) Suscripción y adquisición de certificados de participación.
- ch) Adquisición de bienes y de activos.
- d) Adquisición y arrendamiento de empresas.
- e) Derechos de gestión y dirección.
- f) Prestación de servicios.
- g) Inversión a través de concesiones, autorizaciones y permisos.

ACTOS, BIENES Y OPERACIONES COMPRENDIDAS EN I. A. I. I. E.

3. Operaciones de inversión extranjera.

A. Traslativas de dominio.

- a) Adquisición de empresas y activos.
- b) Suscripción de acciones y partes sociales.
- c) Fideicomisos traslativos.

B. Trasmisión del uso y goce de bienes y derechos.

- a) Arrendamiento de empresa y activos.
- b) Prestación de servicios como aportación y como negocio de gestión.
- c) Fideicomisos no traslativos.

C. Negocios de garantía sobre bienes y derechos.

CH. Negocios de gestión.

D. Preferencia a la inversión mexicana.

E. Concesiones, autorizaciones, permisos administrativos.

F. Constitución y relocalización de nuevos establecimientos.

G. Realización de nuevas actividades.

H. Elaboración de nuevos productos o prestación de nuevos servicios.

obligación de abstenerse de votar en caso de conflictos de intereses); cualquiera que sea la resolución de la asamblea (*vgr.*, nombramiento o designación de administradores, gerentes, apoderados) o negocio (de administración, de gestión, de trasmisión del voto, etcétera); o que se trate de una cláusula contractual que directa o indirectamente conceda al extranjero la facultad de control, cuando éste exista, estaremos ante una modalidad de inversión regulada en la L.I.E. La terminología legal: “los extranjeros tengan por cualquier título”, cubre todos los posibles actos y negocios, inclusive convenios o compromisos, verbales o tácitos, a cuya virtud el inversionista mexicano conceda el control al inversionista extranjero, o bien, se abstenga de intervenir para que la administración de la empresa recaiga en el inversionista extranjero minoritario.

12. *Actos y negocios de inversión extranjera*

La L.I.E., en el último párrafo de su artículo 2º, sujeta a sus disposiciones “la inversión extranjera que se realice en el capital de las empresas, en la adquisición de los bienes y en las operaciones a que la propia ley se refiere”. Alude, pues, esta forma, a los medios e instrumentos jurídicos de inversión a que puedan acudir en México los “extranjeros”, en función siempre de las limitaciones que a ellas impone la Ley y de la reglamentación que contiene.

De acuerdo con la disposición antes citada, son tres los grupos de I.E. comprendidos en la Ley: inversiones en el capital de empresas, adquisición de bienes a los que la Ley se refiera o intervención en operaciones a que también se refiera la L.I.E. (véase *infra* números 20 a 23). El análisis de cada grupo, tanto respecto a los supuestos y al alcance de los actos que lo integran, es decir, capital, adquisición de bienes y operaciones comprendidas en la L.I.E., así como de los distintos actos y negocios comprendidos en cada uno de esos grupos, se efectúa en el capítulo v; ahora, aquí, ofrezco la clasificación y el contenido de cada grupo en la anterior tabla gráfica:

Los medios más sobresalientes de I.E. que están comprendidos en la tabla anterior, son los siguientes:¹³

a) Participación en el capital de sociedades mexicanas (artículo 2º fracción iv) que se organicen (artículo 5º párrafo segundo), o bien, que ya estén organizadas (artículo 8º primer párrafo), a través de la suscripción en el primer caso, o de la adquisición posterior (por medio de cualquier

¹³ Otros criterios de clasificación de la I.E., a base de actos de contenido económico y no económico, en Ibargüen Ahrens, Sergio y Azuela de la Cueva, Antonio, “Breve análisis sistemático de la L.I.E. y algunas consideraciones, respecto al concepto de empresa” en *Jurídica*, t. 8º, 1976, pp. 291 y ss.

contrato traslativo), en el segundo caso, de acciones y partes sociales.^{13 bis} A estos supuestos se refieren, además de los artículos antes citados de la L.I.E., los artículos 23 fracciones II y IV; 25, y segundo y tercero transitorios; los artículos 3º, secciones 1ª, 2ª y 4ª; 12, párrafo primero; 13, 16, 17, 25 a 33; 36 a 50, R.R.I.E., y las resoluciones generales números 2, 3, 10, 11, 13 y 14;

b) Suscripción de certificados de participación inmobiliaria a que se refieren los artículos 18 *in fine* y 21 L.I.E.

c) Adquisiciones por el inversionista extranjero de una empresa, o de sus activos (fijos o esenciales) (artículos 8º párrafo 1º, L.I.E., 14 R.R.I.E., y la R.G. número 11);

ch) Arrendamiento de una empresa o de los activos fijos o esenciales para su explotación (las mismas disposiciones legales citadas en el inciso anterior);

d) Inversiones a través de fideicomisos A ellas se refiere la L.I.E., artículos 18 a 22 y 23 fracción III; el R.R.I.E., artículos 22 a 24 y la R.G. número 9;

e) Constitución de nuevos establecimientos y relocalización de los existentes. Artículo 12 fracción III y R.G. números 8, 12 y 15;

f) Realización de nuevas actividades económicas y elaboración de diferentes productos o prestación de otros servicios. A estas actividades nuevas se refiere el artículo 12 fracción IV, y la R.G. número 16;

g) Negocios de dirección y de administración (internos) o de gestión y representación (externos), a cuya virtud el manejo de una empresa mexicana recaiga en un extranjero;

h) Autorización de la CNIE para que “la administración de una empresa recaiga en la inversión extranjera”, artículo 8º párrafo 2º, en su primera parte. En realidad, ese acto de administración no es más que efecto y consecuencia del negocio relativo a que se refiere el inciso anterior, o sea, negocios de dirección y de administración; sin embargo, el segundo párrafo del artículo 8º distingue ambos supuestos: que “la administración de una empresa recaiga en inversionistas extranjeros o que la inversión extranjera tenga, por cualquier título, la facultad de determinar el manejo de la empresa”. Si alguna diferencia hubiera, sería en cuanto que la “administración de la empresa” no suponga el manejo de ella; por ejemplo, un poder general de administración, sin facultades de dominio. A estos casos o actos conectados con la administración, se refieren las Resoluciones Generales números 4 y 5;

i) Actos o negocios que sometan al inmigrado a “centros de decisión económica del exterior” (artículo 6º L.I.E. y R.G. núm. 7). Cuáles sean

^{13 bis} Cabe también la suscripción de acciones o de partes sociales en casos de aumentos de capital de sociedades ya constituidas.

aquéllos, es imposible determinarlo *a priori*, por la multiplicidad de relaciones que pueden existir y la variedad de los vínculos que se establezcan; es cuestión de examinar el caso concreto. De cualquier manera, el centro de decisión económica del que el inmigrado dependa, debe coincidir con el interés directo o indirecto que tenga en la inversión que realice, de tal manera que si ésta es totalmente ajena a aquél, no se aplican las restricciones de la L.I.E., y no se considerará inversión extranjera:

j) Contratos de garantía en virtud de los cuales el inversionista extranjero, o un tercero designado en el contrato, reciba bienes cuya adquisición esté sometida por la L.I.E. a restricciones, como son los bienes “representativos de capital” de sociedades mexicanas (artículo 23 fracción iv, L.I.E. y R.G. número 9, punto 1, párrafo final); o bien, que aquél obtenga el control de una empresa mexicana. Los casos de contrato de garantía (*vgr.*, prenda en poder del deudor), en los que no es el inversionista extranjero quien recibe los bienes o derechos, sino que los recibe o los conserva un mexicano, no parecen estar regidos por la L.I.E.

13. *Libertad del extranjero para invertir si se respetan las limitaciones de la Ley*

Puede afirmarse que con las limitaciones que fija la L.I.E. (inclusive por el uso de facultades discrecionales que se funden debidamente), el extranjero goza de libertad para invertir en México en todas las ramas y actividades que no le están expresamente vedadas, ya sea porque se reserven al Estado (las actividades enumeradas en el primer párrafo del artículo 4º, “y las demás que se fijan en las leyes específicas”, mismo artículo, inciso h), o bien, porque se reserven a “mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros” (que son las indicadas en el párrafo segundo del mismo artículo 4º, “las demás que fijan las leyes específicas o las disposiciones reglamentarias que expida el Ejecutivo Federal”, artículo 4º párrafo segundo, inciso f). De estas actividades reservadas, se excluye también a los inmigrados (artículo 6º, párrafo primero, L.I.E.).

Esta libertad, sin embargo, no quiere decir que la L.I.E., o el R.R.I.E., sean ajenos e inaplicables a esa inversión extranjera ilimitada o irrestricta. Se aplican, en efecto, ambos ordenamientos, así como algunas de las resoluciones generales dictadas por la CNIE,¹⁴ cualquiera que sea el monto de la inversión extranjera, en los siguientes casos:

a) En cuanto a la obligación de todo inversionista extranjero de inscribirse en el R.N.I.E. (artículo 23 fracción i, L.I.E.), y de inscribir cuales-

¹⁴ Muy discutible resulta la validez de esas R.G. cuando imponen a la inversión extranjera restricciones, o cargas y deberes que no deriven de la L.I.E., o, en su caso del R.R.I.E.

quier títulos de capital social (acciones o partes sociales) que adquiera, ya sea en propiedad o en garantía (artículo 23 fracción iv, L.I.E. y artículos 3º, sección cuarta y 25 a 50, R.R.I.E. y R.G. número 10);

b) La prohibición de adquirir títulos al portador sin la aprobación de la CNIE (artículo 25 párrafo final, L.I.E. y R.G. número 10);

c) La obligación de las sociedades mexicanas en cuyo capital participe la inversión extranjera de inscribirse en el R.I.E. (artículos 23 fracción ii L.I.E. y 17 a 21, R.R.I.E.);

ch) La adquisición de bienes o derechos a través de fideicomiso (artículos 18 a 22, L.I.E., 22 a 24, R.R.I.E., y R.G. núm. 9);

d) Las transmisiones de acciones o de activos entre inversionistas extranjeros pertenecientes a un mismo grupo de interés (R.G. núm. 13);

e) La adquisición por extranjeros de “pequeños lotes de acciones” (R.G. núm. 14), o la transmisión entre extranjeros hasta el 1% del capital de una sociedad, cuando al menos el 96% pertenezca a inversionistas extranjeros (R.G. núm. 6);

f) Finalmente, en relación con la reelección de miembros extranjeros de Consejos de Administración (R.G. núm. 4), o nombramiento de ellos (R.G. núm. 5).

Además, dadas las amplísimas facultades discrecionales que la Ley concede a la CNIE (tema sobre el que volveré en el capítulo x, números 79 y 80), los derechos de los extranjeros pueden limitarse aún más allá de las bases fijadas en la L.I.E., en los artículos 5º párrafo segundo y 8º párrafo primero; e inclusive, dicho órgano administrativo puede negar derecho a cualquiera de los sujetos del artículo 2º de la Ley, para invertir en empresas o sociedades que se constituyan o que ya estén operando (con o sin capital de extranjeros).

En relación con empresas en actividad, el artículo 8º es claro: se requiere autorización de la Secretaría que corresponda según la rama de actividad económica de que se trate (primer párrafo), y “las autorizaciones se otorgarán cuando... sea conveniente para los intereses del país, previa resolución de la CNIE” (párrafo tercero). En cambio, respecto a sociedades que pretendan constituirse, no resulta claro que la Comisión pueda negarlas. Sí se concede a la CNIE derecho de disminuir (así como de ampliar) el porcentaje del 49 que como base fija el artículo 5º párrafo segundo de la Ley, como se precisa en el párrafo tercero de este mismo artículo 5º y en el artículo 12 fracción i.

No obstante tal falta de claridad, la facultad de negar que la I.E. participe tanto en la constitución como en la ampliación de actividades de una sociedad o de una empresa, le está concedida a la CNIE en los artículos 12 y 13, cuando de aceptar dicha participación se prescindiera de los criterios de conducta que esta última norma enumera (entre otros y principalmente, los que señala la fracción ii: “desplazar a empresas nacio-

nales que estén operando satisfactoriamente” o “dirigirse a campos adecuadamente cubiertos por ellas”), que siempre deben fundar los acuerdos discrecionales de la Comisión; así se desprende de la fracción III del artículo 12, cuando se refiere, no sólo a “empresas establecidas”, sino también a “empresas por establecerse en México”.

Inversamente, la CNIE puede ampliar los porcentos de I.E. que indica el artículo 5º párrafo segundo, para casos de constitución de sociedades, o bien, de ampliación de las instalaciones o actividades y la elaboración de nuevos productos de empresas que estén operando, como se desprende de los artículos 5º párrafo tercero y 12 fracciones III y IV de la Ley, y de las R.G. números 8 y 16.

Ahora bien, si se trata de constituir sociedades y en la cláusula del contrato, así como en la solicitud relativa que se presente ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, expresamente se estipula que los extranjeros no tendrán el manejo de ellas, ni podrán adquirir más de los porcentajes del capital, ni más puestos en el órgano de administración que los que la L.I.E. (u otras leyes especiales) les concede, y con mayor razón si la escritura excluyera toda I.E. (en el capital y en la administración), procede la constitución de la sociedad sin intervención o permiso alguno de la Comisión (o de la Dirección de Inversiones Extranjeras, de la Secretaría del Patrimonio Nacional y Fomento Industrial). Una restricción mayor a la inversión extranjera, o la negativa de la CNIE, a que participe en dichos supuestos de sociedades que pretendan constituirse, carecería de validez legal si no fuera precedida de una resolución de la propia Comisión, que restringiera, condicionara o negara la inversión extranjera.

Si se trata, en cambio, de invertir en empresas ya establecidas (supuesto previsto por el capítulo II de la L.I.E.), “siempre se requiere autorización previa de la CNIE, que se otorgará cuando sea conveniente para los intereses del país” (artículo 8º párrafo tercero). Así lo aclara la resolución general número 11.

14. *Preferencia a los inversionistas mexicanos frente a los extranjeros*¹⁵

El propósito de la L.I.E., como su nombre indica, es el de promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera. Aquella finalidad se fija en los artículos 9º y 10 de la Ley, sólo en ellos y de manera muy restringida e incompleta. En cambio, a la regulación de la I.E. se refieren todos los demás preceptos de la L.I.E.

Con aquellas dos normas puede relacionarse la fracción II del artículo 13, en cuanto que la prohibición de desplazar a empresas nacionales puede

¹⁵ Sobre este tema, con mayor amplitud, véase capítulo VI, núm. 41.

llevar a otorgar la preferencia a que se refiere el artículo 9º; sin embargo, la referencia no es clara, ni menos directa.

Tan secundaria de la finalidad de la L.I.E. resulta la promoción de la inversión mexicana, que en las amplias facultades discrecionales que dicha ley concede a la CNIE, en el artículo 12, ninguna se refiere expresamente a tal finalidad, sino que sus ocho fracciones se dedican a la inversión de los extranjeros. Los artículos 9º y 10, en cambio, sí conceden amplia discrecionalidad a la Comisión cuando se trate de “otorgar un derecho de preferencia a inversionistas mexicanos”, “para promover la adquisición, del capital o de los activos fijos puestos en venta por empresas establecidas en el país”.

Podría argüirse que cuando la L.I.E. fija los criterios y características de la inversión, a efecto de que la CNIE, en uso de su poder discrecional, niegue, autorice, amplíe o restrinja la que realicen los extranjeros (artículo 13, principalmente las fracciones I, II, VI, XII y XVII), está concediendo implícitamente preferencias a la inversión mexicana. No obstante, no es así, sino que solamente se trata de que aquélla coadyuve con ésta y que no constituya una rémora para su desarrollo.

Por otra parte, la preferencia a que se refiere el artículo 9º, por un lado se limita a los derechos que el artículo 8º otorga a los extranjeros, en los casos de adquisición de empresas ya establecidas (artículos 9º, primer párrafo y 10), y por lo tanto, no se aplica en los casos de creación de empresas y constitución de sociedades. O sea, que se trata de mantener la inversión nacional, más que promoverla, respecto a empresas ya establecidas. Por otro lado, el derecho de preferencia, no sólo se limita a negociaciones en ejercicio, sino que únicamente opera frente a ofertas concretas (de los inversionistas extranjeros, es decir, de cualquiera de los sujetos del artículo 2º de la L.I.E.), y por un plazo muy limitado de 90 días, que “podrá prorrogarse hasta por 90 días más, a solicitud de parte interesada” (artículo 9º, párrafo segundo).

15. *Fideicomiso como medio de la inversión extranjera*¹⁶

“La inversión extranjera que se realice en el capital de las empresas, en la adquisición de los bienes, y en las operaciones a que la propia ley se refiere”, que constituye la materia u objeto de esa Ley (artículo 2º *in fine*), puede hacerse a través del fideicomiso. Este negocio jurídico, comprendido en el capítulo IV de la Ley, constituye una de estas operaciones.

El por qué la L.I.E. reguló al fideicomiso y no a otros negocios jurídicos como los representativos (en su sentido más amplio, o sea, mandato, co-

¹⁶ Véase, también para una información más extensa, *infra* números 23, 30 y 37.

misión, apoderamiento, gestión, nombramiento de administradores, de gerentes, etcétera), o de interposición de persona, los contratos de garantía, o negocios como el depósito en sus distintas manifestaciones, se debe al carácter normalmente translativo de bienes o derechos de aquel negocio, a favor de una institución fiduciaria, la cual, no obstante, puede actuar por instrucciones directas o indirectas (a través de sus representantes u órganos del fideicomiso) de fideicomitentes o fideicomisarios extranjeros, quienes, de tal manera, conserven o adquieran el control de los bienes, de los derechos, de la empresa misma, constituidos en fideicomiso.

Pudo la L.I.E. no referirse expresamente al fideicomiso y, sin embargo, aplicarse a éste en los casos en que el inversionista extranjero, a través del negocio, adquiriese derechos que de otra manera le serían negados o restringidos (*vgl.*, la adquisición de derechos sobre inmuebles en las zonas prohibidas, o la explotación de una empresa, artículo 8º párrafo primero); o que a través de instrucciones dadas a la institución fiduciaria, el fideicomiso fuera uno de los “títulos” a que aluden los artículos 2º, fracción iv *in fine*; 5º párrafo segundo *in fine* y 8º, párrafo segundo. Empero, otras limitaciones a la inversión extranjera, como son las cuotas máximas del 49% (artículo 5º, párrafo segundo) y del 25% del capital social, o del 49% de activos fijos y esenciales (artículo 8º), podrían volverse nugatorias si la inversión extranjera, a través del fideicomiso pudiera adquirir derechos reservados a inversionistas mexicanos. En otras palabras, la regulación de este negocio fiduciario implica (no obstante que los fiduciarios siempre son inversionistas mexicanos, en cuanto que son instituciones bancarias establecidas en el país), que si se conceden a inversionistas extranjeros derechos reservados a los mexicanos, o bien, se les otorga la administración del patrimonio fideicomitado, se estarían rebasando aquellas restricciones legales.

Además, al fideicomiso se acude constantemente, tratándose tanto de inversión extranjera como de inversión mexicana y no sólo en cuanto que otros negocios regulados por nuestro ordenamiento resulten estrechos e insuficientes, por lo que se justificaría apelar a ese negocio indirecto, sino porque, a través del fideicomiso, se evitan o se burlan prohibiciones que pesan sobre otros actos y convenios (*vgl.*, pactos de retroventa, comisorio, de restricciones al voto; prohibición de la usura, de deliberaciones y voto en juntas y asambleas de socios en los casos de conflictos de intereses, etcétera). Consciente, pues, el legislador del uso desmesurado y abusivo a que da lugar el fideicomiso, lo incluyó en la L.I.E.

La reglamentación del fideicomiso está contenida en los artículos 18 a 22 (de alcances muy limitados porque sólo se refiere a inmuebles y derechos reales sobre estos, situados en las llamadas zonas prohibidas) y 23 fracción iii, que amplía notablemente la aplicación de la L.I.E. (y del R.R.I.E.), al ordenar la inscripción de todos los “fideicomisos en que par-

ticipen extranjeros y cuyo objeto sea la realización de actos regulados por esta ley”.

Dada la amplitud de esta última disposición, resulta congruente con ella que en el R.R.I.E., artículos 22 a 24, se ordene la inscripción de todos “los fideicomisos en los que participen o de los que deriven derechos para extranjeros y cuyo objeto sea la realización de actos regulados por la Ley”, y que una resolución dictada por la CNIE, la número 9, establezca criterios de interpretación de las disposiciones legales sobre la constitución de esos fideicomisos celebrados por extranjeros; aunque en dicha R.G., indebidamente, se amplía, a su vez, el alcance de esta operación que establece el capítulo iv de la Ley (*Cfr.*, el Considerando ii de la resolución), y se imponen acuerdos o resoluciones de la CNIE (párrafo segundo del número 2) que no se prevén en la L.I.E., ni en el R.R.I.E. (El examen de las disposiciones relativas a fideicomisos, en la L.I.E., en el R.R.I.E., y en la resolución general núm 9, en *infra* capítulo v, núm. 37).

16. La Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras

A reserva de volver sobre este tema (*infra* capítulo x), es conveniente indicar ahora que uno de los factores principales de la regulación sobre I.E., en la Ley, está constituido por la CNIE, y por las muy amplias facultades que le concede la L.I.E.

Para explicar y tratar de justificar que corresponda a la Comisión un campo tan dilatado de funciones, y que no sólo son las propias de la actividad administrativa, o sea, las facultades discrecionales, sino también, como en su lugar se verá, actividades de carácter legislativo y reglamentario, debe recordarse que con anterioridad a la vigencia de la L.I.E., la regulación de las inversiones extranjeras fundamentalmente consistía y se daba a base de decisiones y resoluciones administrativas carentes de fundamento constitucional. Ese régimen, que perduró por más de 25 años (*supra*, núm. 6), no careció de ventajas; al contrario, impuso al régimen gran flexibilidad y oportunidad para irse adaptando a las cambiantes necesidades económicas, e inclusive a diferentes situaciones de política nacional e internacional.

Pues bien, en la preparación de la L.I.E., su principal autor, *José Campillo Sáinz*, subsecretario entonces de Industria y Comercio, que al par de jurista consagrado, es un técnico conocedor de los problemas económicos de México y del papel que juega el capital extranjero en el desarrollo comercial del país, tuvo en cuenta, seguramente, esa experiencia y ese bagaje, que se trató de preservar en una ley, que, al mismo tiempo que dictaba normas imperativas y limitaciones generales a la inversión de capitales extranjeros (con lo que se superaban los vicios de inconstitucionalidad

dad de los acuerdos administrativos previos), creaba una Comisión intersecretarial a la que se le concedía una discrecionalidad muy vasta, para resolver casos concretos y cuestiones no previstas.

Es cierto que, en ocasiones, la actividad de la Comisión ha rebasado su carácter administrativo y dicha nota discrecional, como lo ha demostrado la experiencia posterior, al través de algunas de las resoluciones generales dictadas por ese organismo (véase *infra* capítulo x, incisos 68 y ss.), pero también es indudable que, al margen de nuestro orden constitucional, el sistema actual de regulación de la inversión foránea se efectúa no solamente al través de disposiciones normativas de la Ley, sino también de resoluciones que dicta la Comisión, y en muchas ocasiones su secretario ejecutivo.

El capítulo III de la L.I.E., artículos 11 a 17, regula la materia. El primero de estos indica la composición de la CNIE. Se trata de una Comisión integrada por siete secretarios de Estado (o de subsecretarios, como suplentes), a la que auxilia un secretario ejecutivo (artículo 15), que al propio tiempo es director de Registro Nacional de Inversiones Extranjeras (artículo 24).¹⁷ Las facultades de la Comisión las enumera el artículo 12, y el siguiente artículo lista los criterios que ella debe tomar en cuenta “para determinar la conveniencia de autorizar la inversión extranjera y fijar los porcentajes y condiciones conforme a los cuales se registrará”. Y a pesar que tales enumeraciones debieran considerarse limitativas, la propia CNIE las ha ampliado, para comprender actos y operaciones distintas a las que fija la L.I.E., para arrogarse facultades adicionales (*vgr.*, la reglamentación del fideicomiso como vehículo de la I.E., Resolución General núm. 9), o para fijar criterios no comprendidos en el artículo 13 (por ejemplo, el desarrollo del mercado de valores, en la R.G. número 10).

Por último, la L.I.E., permite que la Comisión dicte resoluciones generales (artículo 16) y especiales (*vgr.*, artículo 12 fracción II). A unas y otras se refiere expresamente el R.R.I.E., en el artículo 53, y en los artículos 42 y 45 que hablan, aquél de la autorización genérica que pueda conceder la Comisión, y éste de autorizaciones específicas del propio órgano.

17. *El Registro Nacional de Inversiones Extranjeras*

El control de la inversión extranjera se realiza mediante su inscripción en el R.N.I.E. La Ley, en su artículo 23, crea dicho organismo y establece las personas, negocios, documentos y actos que deben registrarse.

¹⁷ La constitucionalidad de la Comisión, en cuanto que su creación procede de la ley (L.I.E., artículo 23), y no de un acuerdo del ejecutivo, como dispone el artículo 21 de L.O.A.P.F., para las comisiones intersecretariales, se examina en *infra* núm. 66.

El R.R.I.E., en acatamiento de lo dispuesto por el párrafo final del artículo 23 L.I.E., regula pormenorizadamente el régimen registral sobre las inversiones extranjeras, y en ocasiones fija reglas, no de derecho registral sino de derecho sustantivo (*vgl.*, artículos 39 *in fine*, 42 y 45 R.R.N.I.E.), cuya validez resulta cuestionable.

Las principales características del régimen registral sobre la I.E., son las siguientes:

Serán nulos, y en consecuencia no podrán hacerse valer ante ninguna autoridad (artículo 28 párrafo 1º, L.I.E.), los “actos”, que debiendo inscribirse en el R.N.I.E., no se inscriban. Cuáles sean esos actos, en relación a los distintos supuestos enumerados en el artículo 23 L.I.E., se encarga de precisarlo el R.R.I.E., pero desde luego, no son las personas mismas a que se refieren las dos primeras fracciones del artículo 23, cuya existencia no puede desconocerse o anularse.

En otras palabras, la personalidad misma de los extranjeros, ya se trate de personas físicas o de personas morales, no está sujeta a este régimen de “nulidad”. Las personas morales constituidas en forma de sociedades están sujetas al régimen que les es propio, tanto si son civiles (artículos 25 fracción III, 2690, 2691 y 2694, C. Civ.), como si son mercantiles (artículos 2º, 3º y 7º, L.S.M.); adquieren personalidad jurídica al inscribirse en el Registro de Comercio, o al exteriorizarse frente a terceros. La L.I.E. no deroga ni modifica ese régimen.

En cambio, ciertos actos ejecutados por las sociedades con socios extranjeros, o ejecutados por estos, sí quedan sujetos a la acción de “nulidad”, si no se inscriben, como son, entre otros:

a) La suscripción o adquisición que realicen los extranjeros de acciones o partes sociales de sociedades mexicanas (artículo 12 párrafo primero, en su primera parte);

b) La adquisición o arrendamiento de empresas mexicanas ya establecidas, de bienes de su activo fijo o de activos esenciales de ellas (artículo 12 párrafo primero, en su primera parte);

c) Los actos o convenios a virtud de los cuales los extranjeros adquieran la facultad de determinar el manejo de una empresa mexicana (artículo 12 párrafo segundo, en su parte final);

ch) La suscripción o adquisición por extranjeros de acciones o partes sociales de sociedades (artículos 17 y 18 fracción VI R.R.I.E.);

d) La adquisición por extranjeros de privilegios o preferencias sobre acciones o partes sociales (artículos 23 fracción IV *in fine* L.I.E., y 18 fracción VII R.R.I.E.);

e) Ciertos actos y negocios a virtud de los cuales un extranjero participe o adquiera derechos en un fideicomiso (artículo 23 fracción III);

f) La suscripción o adquisición por extranjeros de los certificados de par-

ticipación a que se refiere el artículo 21 L.I.E. (artículos 23 fracción v en su primera parte, y 24 R.R.I.E.);

g) La adquisición por extranjeros del “derecho de utilizar o aprovechar ciertos bienes fideicomitados” (artículos 23 fracción v, segunda parte y 24 R.R.I.E.).

Ahora bien, la nulidad de que habla el artículo 28 L.I.E., en rigor, no es tal, sino una mera ineficacia, en cuanto que no afecta al acto mismo, que tiene valor tanto internamente, o sea, entre las partes que intervienen en su creación o respecto a su ejercicio, como externamente, frente a deudores y acreedores. El efecto de esta “nulidad” de los actos que debiendo inscribirse en el R.N.I.E. no se inscriban, sólo consiste en que no pueden hacerse valer ante ninguna autoridad, como establece el propio artículo 28; es decir, se priva al inversionista extranjero del derecho de acción (judicial o administrativa), para demandar de terceros con quienes hubiera contratado, el cumplimiento o la ejecución de los actos no inscritos; pero, el cumplimiento voluntario del acto, por el tercero, es válido, salvo prohibición expresa como en el caso del pago de dividendos, a que se refiere el artículo 27 L.I.E.

Por lo que concierne a los efectos de la inscripción en el R.I.E., son distintos a los efectos meramente declarativos que son propios de nuestro régimen de publicidad registral (artículos 3007 C. Civ., y 26 C. Co.). Porque, en efecto, mientras que los actos civiles y mercantiles que deban registrarse, y no se registren, son inoponibles a terceros de buena fe, quienes en cambio, sí pueden aprovecharlos a pesar de la falta de inscripción; en materia del R.I.E., la inoponibilidad sólo es ante autoridades, y el acto no inscrito valdrá o no y será oponible o no, frente a terceros, por virtud del régimen a que esté sometido en la legislación civil o mercantil; es decir, si ésta ordena la inscripción en los Registros de la Propiedad o de Comercio, sí regirán para dichos actos las normas pertinentes del C. Civ. o del C. Co.

El R.I.E. no es público, sino privado y confidencial, salvo respecto a todas las resoluciones generales que dicte la CNIE, y a las resoluciones específicas que acuerde la propia Comisión que sean consultadas libremente (artículo 53 R.R.I.E.).

Finalmente, el régimen del R.I.E., permite que contra las resoluciones que denieguen, rectifiquen, o concedan una inscripción, proceda la acción de reconsideración (artículo 58 R.R.I.E.) y la acción de impugnación, tendiente a la rectificación o cancelación de la inscripción, por quien acredite tener interés legítimo (artículo 59 *ibid.*).