

| | |
|---|-----------|
| Capítulo V. Operaciones traslativas de dominio y constitución de garantías | 87 |
| 31. Adquisición de empresas | 87 |
| 32. Adquisición de activos fijos y esenciales | 90 |
| 33. Suscripción y adquisición de bienes del capital social | 92 |
| 34. Suscripción de acciones o de partes de interés en el periodo constitutivo de las sociedades | 94 |
| 35. Suscripción de acciones o partes sociales en sociedades ya establecidas | 96 |
| 36. Adquisición de acciones o partes sociales por transmisiones que efectúe un socio | 97 |
| 37. Fideicomisos | 100 |
| 38. Constitución de garantías | 104 |

CAPÍTULO V

OPERACIONES TRASLATIVAS DE DOMINIO Y CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS

De las distintas operaciones incluidas en los grupos a que se refiere el número 23 *supra* página 60, me propongo analizar en este capítulo, las principales operaciones del primer grupo, o sea, la adquisición de empresa (inciso c) y de sus activos fijos y esenciales (inciso ch); la suscripción y adquisición de acciones y de partes sociales (inciso e); los fideicomisos (inciso g) y la constitución de garantías (inciso h).

31. *Adquisición de empresas*

A esta operación se refiere el capítulo II de la L.I.E., cuyo nombre es, precisamente, “de la adquisición de empresas establecidas o del control sobre ellas”.

Se trata, en este caso, de negociaciones o empresas en el sentido propio del término; es decir, del conjunto de bienes y derechos (activo de la empresa), y de las deudas y obligaciones (pasivo), que constituyan el patrimonio o *hacienda* de la negociación, que también puede incluir, por lo tanto, su personal y el aviamiento del empresario, el cual se manifiesta principalmente (factores del aviamiento), en la clientela, en el nombre comercial, en la llamada propiedad comercial, o sea, el derecho del empresario-arrendatario a la prórroga de sus contratos de arrendamiento, o en su defecto, a indemnización en el caso de terminación de ellos. Se comprende, pues, la empresa considerada como una universalidad de hecho y, por otra parte, la transmisión de todos sus activos y pasivos (artículo 129 L.N. y C.M., respecto a la empresa marítima), de manera semejante a una transmisión *mortis-causa*.⁴¹

Se incluye también en el caso que se examina, al local o establecimiento

⁴¹ Sobre el concepto y el contenido de la empresa, así como de sus principales elementos reales o personales, los factores del aviamiento, etcétera, me permito remitir a mi libro, *Tratado de Derecho Mercantil*, México, 1957.

que forme parte de un conjunto más amplio, y que funcione con mayor o menor autonomía, quizás con un patrimonio afectado, pero sin personalidad jurídica propia, y respecto al cual resulta indiferente el nombre con que se le designe (local, agencia, departamento, tienda, sucursal, etcétera). A este elemento de la negociación se refiere el artículo 12 fracción III de la L.I.E., y las resoluciones generales números 8, 12 y 15, dictadas por la CNIE (*infra*, capítulo x, números 69, 71 y 78).

Debe hacerse notar, que si bien el nombre del capítulo II de la Ley habla de adquisición de empresas, ninguno de los tres preceptos que lo integran (artículos 8º, 9º y 10), se refieren expresamente a dicho caso, es decir, a la transmisión, o a algún acto traslativo de la empresa misma. El artículo 8º, en efecto, sólo se refiere a la “adquisición de más del 25% del capital o más del 49% de los activos fijos de una empresa”. Aquellas, las adquisiciones de capital, se refieren a sociedades; las de activos fijos, a empresas. Pero, evidentemente, si se restringe la adquisición de ciertos bienes o derechos que forman parte de ella (de su capital y de sus activos), la misma restricción opera en relación con la negociación como un todo, como unidad.

O sea, que a virtud de una interpretación por mayoría de razón, un sujeto cualquiera de la I.E. no puede adquirir una empresa mexicana, si no es mediante la autorización a que se refiere el primer párrafo, y la resolución a que se refiere el tercer párrafo del artículo 8º L.I.E.

En cambio, de esta hipótesis de adquisición de empresas deben excluirse los casos de adquisición de sociedades, es decir, de transmisión de las acciones representativas de su capital, o de las partes de interés correspondientes a los socios. Estos supuestos, en efecto, estarían regidos por la limitación relativa a la adquisición de más del 25% del capital; no se trataría de la adquisición directa y a virtud de un negocio traslativo, de la negociación misma, como universalidad de hecho, sino de la adquisición indirecta de ésta, a través de la compra de sus acciones o partes sociales: del acto traslativo éstas constituirían el objeto y no la empresa misma, lo que puede tener gran importancia para diversos efectos jurídicos, dado que en éste y no en aquel caso subsistiría la misma persona moral.

Por otra parte, las formas de transmisión de sociedades solamente pueden consistir en la adquisición de todas sus acciones o partes sociales mediante un acto de enajenación: compra, permuta, donación, transmisión sucesoria, etcétera; o bien, un procedimiento de fusión en que la o las sociedades fusionadas se incorporen a la fusionante. Pero si de lo que se trata es de la compra del patrimonio, o de partes del patrimonio de una sociedad, no de la adquisición de ella, se trataría de adquisición de empresa, de activos fijos de una empresa o bien, de una escisión de la sociedad.

En el caso de división o escisión de sociedades, fenómeno aún no reglamentado en México, lo que realmente ocurre es la división del patrimonio de la sociedad, para el efecto de que la escindida conserve una parte, y la

otra parte se aporte a una nueva sociedad que se constituya o que ya esté funcionando, o bien, se enajene a favor de terceros; en cualquiera de estos casos se daría la adquisición de una empresa (si la parte escindida constituyera una unidad), o de los activos (y tal vez los pasivos) de la empresa que se escinde; pero tampoco se trataría de la adquisición de una sociedad.

Pues bien, si el patrimonio escindido pertenece a un inversionista extranjero, es decir, a cualquiera de los sujetos del artículo 2º L.I.E., caben las siguientes hipótesis legales (siempre en ausencia de una resolución especial de la secretaría que corresponda y la autorización correspondiente de la CNIE):

a) Si se aporta a una nueva sociedad, en ésta la I.E. no puede adquirir más del 49% del capital. O sea, que por el valor de esa aportación en especie, el inversionista extranjero no podría recibir un por ciento mayor, y los mexicanos tendrían que aportar el 51 restante, cuando menos.

b) Si se aporta a una sociedad que ya esté operando, la I.E. total —o sea, la que ya existiera antes de esta aportación y la nueva— no puede exceder del 25% del capital social, salvo acuerdo de la CNIE.

c) Si se transmite, no en forma de aportación sino de enajenación, a una sociedad, a una empresa no societaria, es decir, si como precio de la transmisión no se dan acciones o partes sociales, sino dinero (compraventa), u otros bienes o derechos (permuta), no hay limitación alguna por lo que respecta al vendedor extranjero, pero sí por lo que toca al comprador o adquirente que fuera extranjero: regirá para él la limitación del 49% que señala el artículo 8º.

Los medios de adquirir una empresa, no sólo pueden consistir en el contrato de compraventa, sino en cualquier negocio traslativo: permuta, cesión de derechos, fideicomiso (en que un sujeto de la I.E. sea fideicomisario del patrimonio transmitido a la institución fiduciaria), compensación por deudas del titular de la negociación a favor del adquirente extranjero, adjudicación judicial, sucesión testamentaria o legal (como se prevé en el artículo 556 C. Civ.), fusión, escisión de una sociedad que, como queda dicho, transmita a la I.E. uno de los establecimientos que explote.

En ocasiones sucede que, a efecto de adquirir una empresa organizada y explotada por una sociedad, el inversionista extranjero adquiera primero las acciones o las cuotas del capital social (hasta el 25%, o más mediante acuerdo con la CNIE) de que sean mexicanos los propietarios, quienes generalmente reciben cantidades superiores al valor real de ellas.

Cualquiera que sea el negocio de adquisición de la empresa que se celebre, siempre se requiere, como en los demás supuestos del artículo 8º, “la autorización de la Secretaría que corresponda según la rama de actividad económica que corresponda” (artículo 8º primer párrafo), y la “previa resolución de la CNIE” (artículo 8º párrafo tercero), y obviamente, que se trate de empresas establecidas. “Los actos que se realicen sin estas autori-

zaciones, serán nulos” (artículo 8º último párrafo. Sobre la naturaleza relativa de esta nulidad, *cfr. infra* núm. 61).

32. *Adquisición de activos fijos y esenciales*

La adquisición por cualquier medio, no ya de la totalidad de la empresa, sino de una parte de ella, está regulada en la L.I.E. si se trata de activos fijos y también, en mi opinión, de activos esenciales, como podría ser un establecimiento de la empresa. Quedan fuera, en cambio, otros activos que no sean fijos o esenciales y, desde luego, los elementos pasivos (deudas) de la empresa que se transmitan a un inversor extranjero.

A diferencia, pues, de la transmisión de la empresa, que implica la sucesión universal de elementos activos y pasivos, la adquisición que ahora me ocupa, es más limitada, porque se trata de ciertos bienes o derechos de la negociación, que pueden constituir el objeto de un negocio individual (compra, permuta, cesión, endoso de títulos-valor a la orden o nominativos, o la mera tradición de títulos al portador), de liquidación de una sociedad, o bien, de una transmisión universal, como sería el caso de la herencia⁴² o de un contrato de fusión de sociedades en el que se estipulara que ciertos bienes de la sociedad fusionada se transmitieran a un tercero o se entregaran como cuota de liquidación a un socio que se separara de dicha sociedad.

¿Qué debe entenderse por activos fijos? La nueva Ley del Impuesto sobre la Renta (D.O. 30-XII-80) fija los siguientes elementos del concepto (artículo 42): primero, tratarse de “bienes tangibles que (se) utilicen para la realización de las actividades empresariales”; segundo, “que se demeriten por el uso y por el transcurso del tiempo”; tercero, que su finalidad consista en su utilización para el desarrollo de las actividades del empresario y no para ser enajenados dentro del curso normal de operaciones. Son aquellos bienes que la empresa conserva inmovilizados, en forma más o menos permanente, para la consecución de su finalidad. Son los inmuebles y los muebles adheridos en que se instala la negociación (suelo, edificios, maquinaria, estanterías, etcétera), pero también bienes muebles, como los vehículos de transporte. Si se trata de derechos (*vgr.*, en una empresa de agencia de seguros) o de títulos-valor (*e.g.*, a una sociedad de control), parecería que no son activos fijos, aun cuando se refieran a la actividad de la empresa, en cuanto que no son bienes tangibles que se demeriten por el uso o por el transcurso del tiempo, según la definición del artículo 42 L.I.R.

⁴² Respecto a la transmisión por herencia a inversionistas extranjeros, el artículo 6º de la Ley Reglamentaria de las fracciones I a IV del artículo 27 constitucional, contiene una regulación específica, que la L.I.E. modifica. A estas transmisiones se refiere también la R.G. número 13 dictada por la CNIE. En *infra* núm. 76 me ocupo de este tema.

Sin embargo, no debe tomarse esa definición como general, sino sólo para efectos de esa ley, y más concretamente, de la posibilidad de deducir ciertos conceptos para determinar el ingreso gravable (artículos 22 y ss.); pero para los efectos de la L.I.E., no se debe prescindir de los derechos intangibles como activos fijos. Más bien se trata, como dice la nueva ley brasileña de sociedades por acciones (artículo 179 fracción III), de activos inmovilizados y diferidos, que “incluyen, según *Lacerda Teixeira*,⁴³ participaciones de otras sociedades y los derechos de cualquier naturaleza que no sean clasificables como activos circulantes y que se destinan a mantener la actividad de la compañía o de la empresa”.

El concepto se aclara, efectivamente, al contraponerlo con el de activos circulantes, los que, como indica su nombre, se destinan al intercambio, y que, por ende, están representados por bienes fungibles que utiliza la empresa para sus actividades ordinarias; no se requiere, en este caso, que sean adquisiciones permanentes, sino al revés, bienes o derechos que ingresan y están de paso en el patrimonio de la sociedad, y que ésta utiliza en sus relaciones con terceros (proveedores o clientes) para pagos, otorgamiento de créditos, etcétera. Es el dinero, en primer lugar; los títulos de crédito, que formen la “cartera” de la empresa (letra, pagarés); las acciones y las obligaciones que se adquieran para especular (en las sociedades de inversión, en las agencias de cambios); los productos que elabore para su venta al público, etcétera. Pues bien, cuando se está en presencia de estos bienes del activo circulante, no se aplica la L.I.E., salvo que a virtud de la adquisición, la I.E. obtuviera la facultad de determinar el manejo de la empresa (artículo 8º párrafo 2º), como podría suceder con la adquisición de la cartera o de ciertos bienes que fueran esenciales para la subsistencia de la negociación y quizás en algún caso de *factoring*, en el que, quien reciba la cartera vencida para su cobro, impusiera condiciones que le llevaran al manejo de la empresa acreedora, al menos por cierto tiempo.

Por supuesto, el carácter de activos fijos de los bienes o derechos, varía de empresa a empresa, porque lo que para una sea activos fijos —inmuebles, por ejemplo— para otra no lo serán (para una “inmobiliaria, serían activos circulantes los terrenos, o los departamentos que construya), y lo que para una fueran circulantes (*vgr.*, las acciones en una sociedad de inversión, o los vehículos en una empresa que los fabrique), serán activos fijos y permanentes en otras.

En cuanto a activos esenciales, aunque el texto del artículo 8º no indica su adquisición, sino sólo el arrendamiento, parece claro que, por mayoría de razón, también se comprendan los actos de enajenación de ellos a favor de la I.E. Activos esenciales, en efecto, como se desprende de su

⁴³ Lacerda Teixeira, Egberto y Tavares Guerreiro, José Alexandre, *Das sociedades anónimas no direito brasileiro*, São Paulo, 1979, t. II, p. 531.

nombre, son aquellos sin los cuales la sociedad o empresa no puede subsistir. Una concesión o una autorización administrativa minera o de transporte; un contrato de prestación de servicios en ciertas empresas (*vgl.*, escuelas, laboratorios, hospitales, restaurantes, etcétera); el otorgamiento de exclusiva para la elaboración o distribución de productos; la prestación de servicios, pueden resultar imprescindibles para la empresa, y aunque es frecuente que estos activos también sean fijos, de no serlo quedarían comprendidos en la norma.

Por otra parte, de acuerdo con la resolución general número 11 de la CNIE, del 28 de noviembre de 1975, el límite del 49% para las adquisiciones de activos fijos o esenciales (y también del 25% respecto al capital), opera respecto “a toda operación que pretenda realizarse... por una o varias de las personas a que se refiere el artículo 2º; cuando... la inversión extranjera total... , mantenga, incremente o adquiera una participación mayor del 25% del capital (o del 49% de activos fijos) de esa empresa”. Es decir, la adquisición que pretenda efectuar un inversionista extranjero requerirá la autorización, cuando el porcentaje de esa adquisición, sirviera a la que ya corresponda a la I.E. para exceder del 25% del capital (o del 49% de los activos fijos) de una empresa, como consecuencia de otras adquisiciones realizadas con anterioridad. Igualmente, creo que se aplicaría la limitación del 49% de activos fijos o esenciales, en casos en que, con posterioridad a que la I.E. adquiriese ese por ciento (o uno menor), se proceda a enajenar otros activos de igual naturaleza, lo que conduzca a que el inversor extranjero se convierta en dueño de un mayor porcentaje de dicho límite que fija el artículo 8º. Esta regla equivale al caso de una disminución de capital en la que se amorticen acciones o partes sociales de socios mexicanos y aumente con ello la participación máxima de la I.E. en la sociedad, que los artículos 5º (49%) y 8º (25%) fijan respectivamente, para sociedades nuevas o para aquellas que ya estén funcionando.⁴⁴

33. *Suscripción y adquisición de bienes del capital social*

Se deben considerar en este apartado varios supuestos jurídicos, a saber: a) la adquisición de acciones y de partes sociales al constituirse la sociedad (negocio de suscripción); b) la suscripción de acciones o de partes sociales en sociedades ya constituidas, mediante aumentos de capital; c) la adquisición de unas u otras por la transmisión que realice un socio, que sea el propietario o el titular, incluyendo las adquisiciones a virtud del derecho de tanto.

La L.I.E. no se refiere expresamente a acciones ni a partes sociales. En

⁴⁴ Sobre esta hipótesis, véase Cruz González, *cit.*, pp. 258 y 264.

diversas normas habla de participación en el capital (artículos 2º fracción iv y último párrafo; 5º párrafo segundo; 8º párrafo primero), que es una expresión genérica que engloba tanto a unas como a otras, pero en otros artículos 23 fracción iv, 25 y segundo transitorio, habla de títulos representativos de capital, al portador o nominativos, que es una referencia muy clara a las acciones, y no a las partes sociales, que ni son títulos o documentos, ni representan al capital social (sino que forman parte de él: ex-artículo 58 L.S.M.), ni circulan como los títulosvalor al portador o nominativos. De ahí que pueda afirmarse que, en puridad, esas normas de la Ley no comprenden a las mencionadas partes sociales. Sin embargo, de otras disposiciones de la misma L.I.E. aparece que todas las sociedades mexicanas en las que exista I.E., están reguladas por la Ley, y que, inclusive, cuando en la sociedad mexicana participe mayoritariamente el capital extranjero, se trata de un sujeto de la I.E. (artículo 2 fracción iv). Así pues, si no en forma expresa, sí implícita, la L.I.E. se refiere a toda clase de sociedades mexicanas y a cualquier forma de participación de la I.E. en el capital social, es decir, participación en cuotas o partes, y en acciones.

Por lo demás, la interpretación lógica y el espíritu de la L.I.E. conducen indudablemente a considerar incluidas en su regulación, y en el régimen de restricciones, permisos, inscripción en el registro, sanciones, etcétera, a las cuotas o partes sociales. La opinión contraria permitiría inversiones extranjeras sin restricción alguna en toda clase de sociedades, civiles y mercantiles, salvo las sociedades por acciones (S.A. y S. en C. por A.); lo que constituiría un caso patente de fraude a la ley.

El R.R.I.E., al tratar de la “inscripción de los títulos representativos de capital” (capítulo v, artículos 25 y ss.), salva las lagunas de la L.I.E. y se refiere expresamente a “acciones o partes sociales” (artículos 25, 31, 32). No corresponde a un reglamento, ni es propio de la facultad respectiva que el artículo 89 fracción i constitucional atribuye al ejecutivo, el suplir las deficiencias y colmar las lagunas de la ley. Ello, sólo podría hacerlo el Juez al interpretar una norma y al examinar sus antecedentes y su espíritu. Es pues de desearse que se reforme la L.I.E. para comprender tanto a los títulos representativos del capital social, que son las acciones (artículos 111 y ss. L.S.M.), como a las partes sociales.

Permítaseme que como digresión agregue que, pese al defecto de constitucionalidad de que adolecen las normas del R.R.I.E., que se refieren a las partes sociales, no creo que debiera prosperar un juicio de garantías que se planteara en contra de la aplicación de dichas disposiciones reglamentarias, porque ésta sería conforme con el espíritu de la Ley y con disposiciones generales de ella (artículos 2º fracción iv, 5º párrafo segundo; 8º párrafo primero y 23 fracción ii).

34. *Suscripción de acciones o partes de interés en el periodo constitutivo de las sociedades*

Se debe precisar en esta hipótesis, que la obligación que contraiga el socio frente a la sociedad para pagar el valor de la acción o de la cuota social, o sea, la aportación que realice, puede consistir en su trabajo (aportación de industria), en las sociedades civiles y en la S. en N. C., la S. en C. S. y las sociedades cooperativas, o en bienes (aportación de capitales), en todas las sociedades, salvo las sociedades mutualistas, que carecen de capital y de aportaciones de los socios.

No establece la L.I.E. restricción alguna sobre la clase de aportación, ni sobre los bienes o derechos que puedan aportarse, sino que respeta en su totalidad el régimen legal de las sociedades respectivas (C. Civ. y L.S.M.), pero tratándose de acciones, las que suscriba la I.E. tienen que ser nominativas (artículo 25 fracción II L.I.E.).

Tampoco se establecen restricciones respecto a la suscripción privada o pública de acciones, ya sea que se trate de la constitución simultánea o de la sucesiva (pública) de la sociedad anónima.

En cuanto a los derechos patrimoniales (dividendo, intereses constructivos y cuota de liquidación), tampoco se restringen. Rige el principio general de la distribución de las utilidades en proporción a la participación del socio en el capital social (artículo 16 fracción I L.S.M. y 2728 C. Civ.) y si se trata de socios industriales, les corresponderá la mitad de las utilidades repartibles (artículo 16 fracción II L.S.M.). En las sociedades civiles, el reparto se hace como dispone el artículo 2732 C. Civ. En cualquier caso, cabe un pacto social —o parasocial (es decir, entre los socios, o inclusive de éstos con la sociedad, pero en todo caso ajeno al contrato de sociedad)—, para una distribución distinta (artículos 16 primer párrafo L.S.M., 2728 y 2732 primer párrafo C. Civ.), que inclusive puede favorecer a la I.E., en cuanto que, a pesar de ser minoritaria en el capital, se convenga que reciba la mayor parte de las utilidades, o sufra una parte menor de las pérdidas (con tal que en uno y otro caso no se establezca el pacto leonino, artículos 17 L.S.M. y 2696 C. Civ.).

Respecto a la liquidación, el principio es que al socio que se separa o que es excluido —disolución parcial— o a todos los socios —disolución total— se pague, después de cubrirse el pasivo, una cuota proporcional a aquella con que hubieran contribuido en el capital social (artículos 2728 C. Civ. y 246 fracción I, 247 fracción I y 248 L.S.M.).

Es posible que como forma de pago de su cuota de liquidación, el socio (sobre todo en las sociedades personales, artículos 246 L.S.M. y 2728 C. Civ.) reciba, en lugar de dinero, bienes del patrimonio de la sociedad (que inclusive pueden ser los mismos que aportó), los que podrían constituir activos fijos o esenciales de ésta, cuyo valor excediera del 49% del monto

total. En tal caso, se aplicaría la restricción del artículo 8º párrafo primero en el supuesto de que subsistiera el patrimonio como un todo, pero no en el caso de que éste desapareciera a virtud de la liquidación de la sociedad.

Es decir, si la sociedad desaparece en caso de liquidación total y el patrimonio se disgrega y distribuye entre los acreedores sociales y los socios, no es el caso de aplicar la regla del artículo 8º, porque faltaría el supuesto de esa norma, de la continuación de la empresa que manejaba la sociedad; en cambio, si se trata de liquidación o liquidaciones parciales a favor de socios, por su retiro o exclusión, o por amortización de sus acciones, en ese caso, la empresa continúa, y también su patrimonio, y sería posible que la I.E. adquiriera como cuota de liquidación más del 49% de los activos de la sociedad; en esta hipótesis se aplicarían las restricciones de dicha norma. En ese patrimonio, del que serían titulares la sociedad y uno o varios inversionistas extranjeros, estos, sólo con las autorizaciones y la resolución de la CNIE que fijan los párrafos primero y tercero del artículo 8º, podrían adquirir un porcentaje mayor del indicado; el pago debe hacerse en porcentaje no mayor del 49%, o bien, sin limitaciones si se hace en dinero u otros activos (circulantes o diferidos).

Igual solución cabe, sin tratarse de liquidación, en los casos en que por fusión o escisión, la I.E. pretenda adquirir una parte del patrimonio que sea mayor de dicho por ciento.

En el caso de quiebra de una sociedad, puede continuar la empresa del fallido. La L.Q. señala esta posibilidad como desiderátum del procedimiento concursal, según la Exposición de Motivos (inciso b), y al principio de “conservación de la empresa” se aplican varias disposiciones de esa ley (artículos 200, 201, 204, 321, 364, etcétera). Pues bien, no se aplicarían las limitaciones del artículo 8º, tanto la relativa al 49% de activos como la de transmisión de la empresa e inclusive la prohibición del control por extranjeros, si el quebrado que fuera un sujeto de la I.E. (el caso de la fracción I del artículo 2º L.I.E.) y continuara como titular de la empresa (lo cual prevé y permite el artículo 366 L.Q.); en cambio, si no fuera así, se aplicarían las restricciones del artículo 8º tanto respecto a la empresa “como unidad económica” (artículo 204 fracción I), como en relación con los conjuntos de bienes susceptibles de una explotación unitaria” (fracción II),⁴⁵ cuando se transmitieran a uno de los sujetos de la I.E., independientemente de que éste fuera acreedor del quebrado y su crédito se hubiera reconocido en el procedimiento concursal relativo.

Por lo que toca al voto que corresponde al accionista o socio, en las acciones o partes de interés que suscriba, en principio tampoco se restringe,

⁴⁵ “Complejo de empresas” según Rodríguez y Rodríguez, *Ley de quiebras y suspensión de pagos. Concordancias, anotaciones, exposición de motivos y bibliografía*. 2a. ed., México, 1952, p. 242.

en cuanto que le compete el que sea propio de acuerdo con el tipo de sociedad de que se trate. No obstante, en los casos de restricciones a ese derecho, que provengan de la emisión de acciones de voto limitado (artículo 113 L.S.M.), o de partes sociales privilegiadas (artículo 79 L.S.M.), o de privación del derecho de voto en caso de conflicto de intereses entre la sociedad y el socio (artículo 196 L.S.M.), y también, en caso de amortización de acciones o partes sociales (artículos 135 y 71 L.S.M.) sin que se conceda voto a las acciones o a los certificados de goce que eventualmente se emitan en lugar de aquéllas, el voto que corresponda a la I.E. total en la sociedad, no debe llegar a atribuirle el control de ésta, lo que sucedería si tales restricciones al derecho de voto afectaran a los inversionistas mexicanos, titulares de la mayoría del capital con derecho a voto, y no a los inversionistas extranjeros minoritarios.

Por aplicación de la misma prohibición de control y por el derecho de convertirlas en acciones representativas del capital social de las sociedades anónimas, la I.E. no puede suscribir obligaciones convertibles en acciones, en porcentajes mayores que los que establecen los artículos 5º (49%) y 8º (25%), o en número tal que confieran la facultad de determinar el manejo de la sociedad.

En los casos mencionados, si se trata de limitaciones al voto, las restricciones de la L.I.E. impedirían que se privara de él a los suscriptores mexicanos, en la medida en que tal privación implicara que la I.E. adquiriera el control de la sociedad. Respecto a las acciones de goce que se entregaran a los inversionistas mexicanos, a cambio de sus acciones ordinarias que se amorticen, tendrían que conservar el derecho de voto —salvo una autorización distinta de la CNIE— si el no otorgárselo supusiera que la I.E., además de aumentar sus derechos en la sociedad, llegara a controlar a ésta.

En cuanto a la privación del voto al socio mexicano en caso de conflicto de intereses, si ella llevara al control de la sociedad por la I.E., como sucedería en una sociedad en la que el socio mayoritario fuera otra sociedad mexicana (fracción IV del artículo 2º L.I.E.), se requerirá autorización de la CNIE para tal privación, o bien para que en casos determinados votara el socio mexicano. Si no se otorgara dicha autorización, y siempre dentro del supuesto de control de la sociedad por la I.E., o el conflicto se resuelve por la intervención de un juez (o de un árbitro), o tendría que llegarse a la disolución de la sociedad “por imposibilidad de seguir realizando su objeto...” (artículo 229 fracción I L.S.M.).

35. *Suscripción de acciones o partes de interés en sociedades ya establecidas*

El supuesto de este apartado se relaciona con casos de aumentos de ca-

pital, por cualquier medio que se realicen; o sea, por nuevas aportaciones que hagan los socios, por capitalización de utilidades y reservas, de primas que se hubieran pagado al suscribir nuevas acciones, o por revaluaciones de activos (sobre estas distintas formas de aumento de capital, véase el texto actual del artículo 116 L.S.M., según la reforma publicada en el D.O. el 23-I-81), por conversión de obligaciones en acciones, o por fusión, y no sólo si se emiten nuevas acciones (suscripción propia), sino también si se aumenta el valor nominal de las existentes.

En dichos supuestos, si en las sociedades ya existe I.E., ésta puede participar en el aumento (en las nuevas acciones que se emitan, o en el aumento de valor de ellas, o de las partes sociales) en la misma proporción que tenga en el capital anterior (así lo reconoció expresamente la CNIE, en la resolución general número 2 que dictó el 23 de octubre de 1975), o en uno menor; pero si quiere participar en mayor cuantía, requerirá autorización de la Secretaría que corresponda y acuerdo de la CNIE (artículo 8º párrafos primero y tercero), aunque no rebase el límite del 25% del capital total (que incluya el que se aumente).

Tanto en esos casos de suscripción por aumentos de capital, como en los de transmisiones de acciones por un socio, a que se refiere el apartado siguiente, la I.E. no puede obtener el control de la sociedad; lo que sucedería si en una S.A. se emitieran acciones de voto limitado que, al ser suscritas por mexicanos, redujeran a menos del 50% la proporción que estos tenían en el capital total con derecho a voto.

36. *Adquisición de acciones o partes sociales por transmisión que efectúe un socio*

La I.E. puede adquirir esas partes de capital de las sociedades mediante negocios traslativos ajenos a la suscripción (por venta, permuta, adjudicación judicial, transmisión *mortis causa*, derecho de tanto, fusión, etcétera); se aplicaría en cualquier caso el límite del 25% del capital social del artículo 8º primer párrafo.⁴⁶ Si la I.E. desea adquirir más del 25% de los títulos representativos del capital, se necesita obtener la autorización favorable de la Secretaría que corresponda y la resolución de la Comisión, a que aludimos en el número anterior, bajo pena de nulidad en caso contrario. La CNIE dictó la resolución general número 11, el 28 de noviembre de 1975, en que fija el criterio para la aplicación del artículo 8º. En ella se aclara que se requerirá la resolución y la autorización de que se trata

⁴⁶ Para el análisis de las transmisiones por herencia y por adjudicación judicial, a que se refiere el artículo 6º de la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional, y sobre si la L.I.E. derogó esa norma, véase *infra* número 76, en donde analizo la R.G. número 13 dictada por la CNIE.

“cuando, como consecuencia de la adquisición, la inversión extranjera total en una empresa mexicana... sumada al porcentaje que ya esté en poder (*sic*) de la inversión extranjera, como consecuencia de otras adquisiciones realizadas con anterioridad o durante la vigencia de la ley, exceda del 25% del capital de una empresa” (o del 49% de activos fijos, o del arrendamiento de estos o de activos esenciales). Esta resolución, en cambio, no incluye a los sujetos (no personas) de la fracción III del artículo 2º dentro de los supuestos del artículo 8º.

Tratándose de “acciones que se negocian en el extranjero”, el R.R.I.E. prevé una autorización genérica de la CNIE para que “los inversionistas extranjeros puedan adquirir fuera de la República acciones al portador emitidas por sociedades mexicanas”, y dispone que al ser adquiridas tales acciones se conviertan en nominativas (artículo 42). Esa autorización genérica (la de la R.G. número 10 a que me refiero enseguida) hace las veces de aquellas a las que se refiere el artículo 8º; aunque estas últimas deben ser específicas del caso y no genéricas, como siempre son las R.G.

En la resolución general número 10, del 2 de octubre de 1975, la CNIE establece el sistema y “el criterio para la aplicación de (diversos) preceptos” (artículos 5º, 8º, 10, 15, 23 fracciones I y IV, 25 y 28 de la L.I.E., y 12, 13, 16, 25, 26, 27, 32, 36 y 38 del R.R.I.E.), respecto a la “autorización e inscripción de acciones que se cotizan en Bolsas de Valores Mexicanas”. En la resolución, en realidad se permiten las adquisiciones por extranjeros de acciones (nominativas o al portador) en bolsas de valores mexicanas y se fija un sistema de control y de permisos con posterioridad a dichas adquisiciones por parte de la Comisión, que de no obtenerse motiven una resolución negativa y que “los títulos de que se trate deban ser de inmediato recolocados entre inversionistas nacionales” (Punto Resolutivo número 4).

El sistema legal de inversiones extranjeras ha establecido otras excepciones a las reglas que establece al artículo 8º, mediante las resoluciones generales números 3 y 6, dictadas por la propia Comisión.

En efecto, en la resolución general número 3, del 19 de octubre de 1973, la Comisión, mediante la autorización previa que otorgue su secretario ejecutivo, permite la adquisición por parte de extranjeros de acciones al portador en bolsas de valores, con tal que no excedan del 5% del capital de la emisora, “si se dan los supuestos del primer párrafo del artículo 8º de la Ley”. Estos supuestos, en realidad, se reducen a uno, o sea, que no se exceda el 25% del capital social; en cambio, la resolución no se refirió al supuesto del párrafo segundo, o sea, que el extranjero adquiera el control de la empresa. ¿Se debe considerar dispensada esa restricción en esta resolución? No, porque también en este caso el control de la I.E., según dicho párrafo segundo del artículo 8º, sólo puede otorgarse mediante autorización (de la CNIE) de “*los actos por medio de los cuales la adminis-*

tración de una empresa recaiga en inversionistas extranjeros, y no por una resolución general que no se limita a una empresa determinada, ni a ciertos actos concretos. De cualquier manera, es criticable que la CNIE no cuide la redacción de las resoluciones, que además de ser de muy dudosa validez constitucional (véase *infra*, número 79), plantean serios problemas de interpretación y de congruencia con la L.I.E.

En la resolución general número 6, del 19 de diciembre de 1974, la Comisión también facultó a su secretario ejecutivo para autorizar las transmisiones entre extranjeros de una o de varias acciones nominativas, siempre que “representen hasta el 1% del capital social . . . y que al menos el 96% de las acciones de esa sociedad pertenezcan a un inversionista extranjero . . .”

Por otra parte, al regular la CNIE el régimen de “autorización e inscripción de fideicomisos”, en la resolución general número 9 del 2 de octubre de 1975, dispuso que requería permiso de ella la celebración de fideicomisos en los que se atribuyan a la I.E. “derechos de voto o pecuniarios sobre una o más acciones al portador” (Punto Resolutivo número 2, inciso I), o “sobre acciones nominativas o partes sociales que representen más del 25% del capital de sociedades mexicanas” ya establecidas, o “más del 49% del capital de sociedades en el momento de su constitución . . .” (inciso II). Pues bien, esta resolución como en otro lugar se dice con mayor amplitud (*infra* número 37), rebasa el texto del artículo 8º (y del artículo 5º párrafo 2º), que se limita a la adquisición del capital (de acciones y de partes sociales), pero que no se refiere ni al derecho de voto, ni a “derechos pecuniarios” (dividendo y cuota de la liquidación).

Por lo que al voto se refiere, se justifica esta nueva limitación en cuanto que, a través de la fiduciaria, el inversionista extranjero adquiera el control de la sociedad relativa, o sea, que el fideicomiso sería uno de los títulos” a que se refieren los artículos 5º párrafo segundo y 8º párrafo segundo de la L.I.E., para que el extranjero tenga la facultad de determinar el manejo de la empresa; en cambio, carece de justificación que se someta al mismo régimen a los derechos pecuniarios del socio, porque la L.I.E. no restringe esos derechos que pueda adquirir la I.E. Como en otros lugares hemos dicho —*supra* 13— nuestro sistema de restricciones a la I.E., por criticable que ello sea, no limita el derecho de los extranjeros de recibir utilidades y pagos, cualquiera que sea su participación económica en las empresas y sociedades mexicanas, por lo que esta resolución excede los límites de la Ley, y la competencia misma de la Comisión que lo dictó.⁴⁷

En cuanto al derecho de tanto que el C. Civ. (artículo 2706) y la L.S.M. (artículo 33, 57 y 66) conceden a los socios, o que se pacte respecto a la

⁴⁷ Es esta una razón más para considerar como contrarias a nuestro régimen constitucional las resoluciones generales, cuyo alcance implica el ejercicio de facultades legislativas por parte de la CNIE, las cuales llegan hasta ampliar y modificar la L.I.E., y su ámbito de aplicación.

S.A. y la S. en C. por A., también se aplican las limitaciones del 25% y del 49%, y en su caso, la autorización y la resolución que establece el artículo 8º.

37. Fideicomisos

Dentro de este apartado se considerarán, primero, el ámbito de aplicación de la legislación sobre I.E. a este negocio, cuestionando la constitucionalidad de la resolución general número 9 dictada por la CNIE, y en segundo lugar, el contenido del fideicomiso, o sea, los actos y negocios que en la legislación y en la práctica mexicana se pueden celebrar a través de él, y que puedan constituir una I.E. comprendida en la legislación respectiva.

Por lo que se refiere al primer aspecto, como ya se ha dicho (*supra* número 15), la L.I.E. regula al fideicomiso en su capítulo IV que se titula “del fideicomiso en fronteras y litorales” (artículos 18 a 22), y en el artículo 23 fracción III, que señala en forma más amplia como actos que debe inscribirse en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, a “los fideicomisos en que participen extranjeros y cuyo objeto sea la realización de actos regulados por esta ley”.

Se trata, en ambos casos, de ciertos y determinados fideicomisos, o sea, de acuerdo con el artículo 18, sólo de los que se refieran al “dominio de bienes inmuebles destinados a la realización de actividades industriales y turísticas” en la zona prohibida, y “siempre que el objeto de la adquisición” sea el de permitir la utilización y el aprovechamiento de dichos bienes a los fideicomisarios (que serán los sujetos de la I.E.), sin constituir derechos reales sobre ellos, pudiendo emitir certificados de participación inmobiliaria, nominativos y no amortizables. El artículo 19 es también limitativo en cuanto se refiere a los fideicomisos del artículo anterior; en cambio, el artículo 23 fracción III L.I.E., al exigir la inscripción en el R.I.E. de “los fideicomisos en que participen extranjeros y cuyo objeto sea la realización de actos regulados por esta ley”, comprende a todos esos negocios, con tal de que se den ambas notas, o sea, primero, la participación de extranjeros, es decir, de cualquiera de los sujetos del artículo 2º, y no de extranjeros inmigrantes cuando en relación con los derechos que adquieran en el fideicomiso, no “se encuentren vinculados con centros de decisión económica del exterior” (artículo 6º L.I.E.), y segundo, que el objeto o finalidad del negocio comprenda una I.E., o sea, un acto o una operación de los regulados por la L.I.E., independientemente de que dicho objeto sea el único o principal, o bien, que sean varios y de carácter accesorio o secundario.

De manera semejante, a través de un fideicomiso, sin contar con el acuerdo de la CNIE, un inversionista que sea sujeto de la L.I.E. no puede ad-

quirir una negociación, ni acciones o partes sociales en exceso de los límites legales (49% o 25%), ni activos fijos o esenciales que pasen del 49% etcétera. A su vez, la institución fiduciaria, como titular del negocio, tampoco puede conceder a dicho inversionista, en forma directa o indirecta, el control de ninguna empresa mexicana.

Así pues, la regulación del fideicomiso en la L.I.E., no se restringe a los casos señalados en los artículos 18 y 19, sino que, a virtud de esa disposición en materia de inscripción en el R.R.I.E., se amplía para cubrir cualesquiera y todos los (demás) actos y operaciones comprendidas en la L.I.E. (artículo 2º fracción IV párrafo segundo). Ciertamente, es criticable desde el punto de vista técnico que la regulación de una materia tan importante como es esta del fideicomiso, se base en una norma registral, pero es ella la única a la que puede acudir en la Ley, para comprender a una institución jurídica a la que con frecuencia se acude en la práctica diaria de los negocios, la cual se usaría como puerta de escape de la aplicación de la Ley, burlando sus propósitos, si no se acudieran a dicho artículo 23, fracción III.

En función de dicha interpretación extensiva, el R.R.I.E., en su artículo 22, establece la obligación de inscribir (todavía se trata, solamente, del deber de inscripción) “los fideicomisos de los que deriven derechos para extranjeros y cuyo objeto sea la realización de actos regulados por la Ley” e impone el deber de información (a que alude la fracción III del artículo 23) del fiduciario, respecto a “cualquier modificación, rescisión, revocación o extensión del fideicomiso, y sobre la transmisión a extranjeros de los certificados de participación o de los derechos para utilizar o aprovechar los bienes fideicomitados” (artículo 24 R.R.I.E.).

En la parte final de este último artículo, como se ve, subrepticamente se amplían aún más las normas de la L.I.E., en cuanto que se establece un deber de información adicional, y lo que es de mayor importancia, a través de tal deber se limita la transmisión a extranjeros de certificados y de derechos para utilizar bienes dados en fideicomiso. En rigor, estas transmisiones, cuando menos las de los “bienes fideicomitados”, si son de actos y operaciones reguladas en la L.I.E. (artículo 2º *in fine*), estarían comprendidas en los supuestos de los artículos 5º y 8º, por lo que nada agregaría el artículo 34 del R.R.I.E.; pero, como a continuación se verá, a través de la resolución número 9 la CNIE no sólo ha extendido el ámbito del negocio a dichos actos y operaciones comprendidas en la L.I.E., sino a todos los que pueden ser objeto de un fideicomiso en que un extranjero figure como fideicomisario. O sea, que la L.I.E., se amplía mediante el R.R.I.E. y éste, a su vez, mediante la resolución general número 9; un curioso procedimiento legislativo y una técnica de legislar poco ortodoxa que permite cuestionar la validez constitucional de las disposiciones relativas del R.R.I.E. y de la resolución número 9.

En efecto, en esta resolución (del 2 de octubre de 1975), la CNIE, con el falso fundamento del artículo 12 fracción iv de la Ley, que sólo le concede la facultad de “establecer los criterios y requisitos para la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias”, pero no de ampliar su contenido, “aclara que, además de los fideicomisos previstos en el capítulo IV de dicha Ley”, las instituciones fiduciarias, deben solicitar la inscripción en el R.N.I.E. de todos los fideicomisos a través de los cuales los sujetos del artículo 2º “tengan o adquieran derechos corporativos o pecuniarios derivados de acciones o partes sociales de sociedades mexicanas” (punto 1 fracción 1) y “deben someterse, además, a la resolución de esta Comisión, los fideicomisos celebrados durante la vigencia de la Ley (es decir, tanto los posteriores a la fecha de la resolución, como los anteriores a ella, lo que significa la aplicación retroactiva de tal ordenamiento en violación del artículo 14 de la Constitución Federal), por virtud de los cuales tales sujetos adquieran directamente o a través de la institución fiduciaria, derechos de voto o pecuniarios sobre una o más acciones al portador (punto 2 fracción 1), o sobre acciones que representen más de los límites (25% y 49%), señalados en los artículos 8º y 5º L.I.E.”.

Esta resolución número 9, al referirse a derechos no comprendidos en la L.I.E., como son los “pecuniarios” y todos los derechos corporativos derivados de cualquier acción o parte social, excede las limitaciones de la Ley que, por una parte, no comprende a todos los derechos corporativos, sino sólo a aquellos, como el derecho de voto, que concedan al extranjero la facultad de determinar el manejo de la empresa. Restringir otros derechos corporativos, como el derecho al dividendo o a la cuota de liquidación, el derecho de preferencia para suscribir acciones, el derecho de tanto, el de oponerse a las resoluciones de las asambleas y otros más que la L.S.M. concede a los socios, carece en lo absoluto de fundamento legal y, en consecuencia, es contrario a la “garantía de legalidad” del artículo 14 constitucional.

En cuanto a la segunda cuestión relativa al fideicomiso, o sea, los actos que pueden ser materia de este negocio jurídico y que, por intervenir en ellos la I.E., quedarían comprendidos en la L.I.E., serían en primer lugar, los traslativos de dominio; en segundo lugar, los que transfieran el uso y goce de ciertos bienes y derechos; en tercer lugar, el fideicomiso en garantía, y por último, en cuarto lugar, aquellos fideicomisos que permitieran a un extranjero —a través de la institución fiduciaria— el manejo de una empresa mexicana. Aunque este capítulo V se refiere a operaciones traslativas de dominio y a la constitución de garantías, a efecto de sistematizar la materia del fideicomiso analizaré los cuatro aspectos:

Al fideicomiso se refiere la L.T.O.C., que es la que regula al negocio, en diversos artículos (349, 351 párrafo 1º, 352 a 355 y 358). En rigor, en función de esos preceptos y dada la naturaleza jurídica del negocio, puede

afirmarse que se trata de un negocio traslativo de dominio, a favor de la institución fiduciaria, y a través de la constitución de un patrimonio separado, o bien de un patrimonio de afectación; aunque el fideicomitente se reserve ciertos derechos dominicales. La práctica, sin embargo, apoyada por preceptos de la L.I.C. (artículos 45 y 46), ha ampliado desmesuradamente el carácter del fideicomiso, para comprender toda clase de actos; además de los traslativos de dominio o los de administración y gestión de bienes y derechos de uso o goce de ellos; los de garantía. O sea, que por medio del fideicomiso, que tanto por su origen como por su naturaleza ajena a nuestra tradición romanista debería considerarse como un negocio de excepción que solamente comprendiera cuestiones no reguladas, o insuficientemente reguladas en los negocios jurídicos típicos y reglamentados en los ordenamientos civiles y mercantiles, se trata de cubrir la finalidad que es propia de los más variados contratos regulados en nuestro derecho: compraventa, permuta, préstamos, arrendamiento, mandato, prenda, hipoteca, apertura de crédito, etcétera, etcétera. Tales excesos, obviamente inconvenientes e injustificados, han hecho de esta figura un expediente de violación de múltiples restricciones legales (usura, pacto comisorio, retroventa, cláusulas leoninas, restricciones de voto, anatocismo y mucho más) y de constantes abusos en contra de acreedores y de la economía en general.

En función, pues, de tal dilatadísimo campo de aplicación del fideicomiso, las operaciones de I.E. que pueden quedar comprendidas en la L.I.E., serían las siguientes:

Primero. *Actos traslativos de dominio*. Toda enajenación fiduciaria a favor de la I.E. (que actuaría como beneficiaria o fideicomisaria), de acciones o partes sociales, tanto de sociedades que se constituyan (artículo 5º párrafo segundo), como de aquellas ya establecidas, y de negociaciones o empresas y de los activos fijos y esenciales de ellas (artículo 8º); así como los actos de enajenación a que se refiere el artículo 18 L.I.E.

Segundo. *Actos traslativos de derechos*, cuando el objeto del contrato de fideicomiso consista en el uso o goce (a la manera del arrendamiento) de una empresa, o de sus activos fijos o esenciales (artículo 8º), o de cualquier derecho (*vgr.*, voto), que implique el control de una negociación, por parte de la I.E., a través de la institución fiduciaria, o bien, de sus funcionarios, o del comité técnico a que se refiere la fracción IV del artículo 45 L.I.C. (los cuales desnaturalizan la institución del fideicomiso, y hacen nugatoria la intervención y la responsabilidad de la fiduciaria).

Tercero. *Fideicomiso en garantía*, de los bienes o derechos a que la Ley se refiere, el cual se constituya por mexicanos y que permita su adjudicación futura a favor de la I.E., o el manejo por ella de una empresa nacional, mediante la fiduciaria, los funcionarios o el comité técnico antes señalados.

Cuarto. *Facultades de gestión* en sentido amplio, o sea, de administración o de representación, que se conceda a la I.E. para instruir a la fiduciaria

(o a los funcionarios y comité técnico), respecto al manejo de sociedades y empresas mexicanas.

38. Constitución de garantías

A éstas, la L.I.E. solamente hace una referencia incidental y secundaria en el artículo 23, que establece la obligación de inscripción en el R.N.I.E. de personas y actos. La fracción iv establece que deben inscribirse “los títulos representativos de capital que sean propiedad de extranjeros, o estén dados en garantía a favor de estos...” De interpretarse literalmente la norma, se trataría, pues, en primer lugar, sólo de la inscripción de títulos dados en garantía; en segundo, de que ella se otorgue en favor de extranjeros, y en tercer lugar, que las garantías sean sobre acciones.

Ahora bien, la interpretación literal y aislada de esta norma conduciría a afirmar que la Ley no restringe, ni menos prohíbe, el otorgamiento de garantías (de aquellas a las que el precepto se refiere, o de cualesquiera otras), sino que sólo exige que se registren aquellas a las que se refiere la fracción iv. Sin embargo, una interpretación más amplia, que esté de acuerdo con la mente del legislador (*ratio legis*) y la estructura y los alcances de la L.I.E., llevan a afirmar que ciertas garantías (sobre bienes o derechos a que la Ley se refiere) están comprendidas en la parte final del artículo 2º (el que, como ya se dijo, establece el ámbito de aplicación de la Ley, tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo), que incluye a las “operaciones a que la propia ley se refiere”. La mención, pues, de garantías, justifica que se las comprenda en la reglamentación legal sobre inversiones extranjeras, pero siempre que a virtud de ellas se incurra en una de las limitaciones de la L.I.E.

La fracción iv del artículo 23, por otra parte, habla de “extranjeros”. En esta locución deben considerarse comprendidos los sujetos que enumera el artículo 2º fracciones I, II y III, pero, *quid iuris* respecto a las empresas mexicanas de la fracción iv del mismo artículo 2º. Además, la norma que analizamos (artículo 23 fracción iv) sólo se refiere a títulos representativos de capital que sean propiedad de extranjeros, o estén dados en garantía a favor de estos, lo que limita su alcance a acciones de la S.A. o de la S. en C. por A., y de ellas quedarían excluidas las que fueran propiedad de mexicanos.

Pues bien, en relación, primero, con este último supuesto, la garantía a que alude el precepto no se limita a los títulos representativos (cualquiera que sea el alcance de esta expresión) “que sean propiedad de extranjeros” sino que comprende tanto a éstos como a los que sean propiedad de mexicanos, pero que se den en garantía en favor de extranjeros. O sea, que

el precepto alude a todos esos “títulos representativos”, con tal de que la garantía se otorgue a favor de la I.E.

En cuanto a la expresión “títulos representativos de capital”, ya quedó precisado que a pesar de que ella, desde un punto de vista de técnica jurídica, sólo se refiere a las acciones, también comprende a las partes sociales, en cuanto que las aportaciones de los socios en dichas sociedades (*las aportaciones de capital*) forman e integran el capital social. Es ésta la intención clara de la Ley, y cualquier acto que violara dicha intención sería nulo por *fraude a la ley*.

Por último, que la fracción iv del artículo 23 hable de extranjeros, en lugar de inversión extranjera, o bien, como pasa por ejemplo en el artículo 25 fracción ii y en el artículo 31, de “personas, empresas o unidades a que se refiere el artículo 2º de esta ley”, no excluye a las empresas mexicanas de la fracción iv del artículo 2º. Por analogía y por respeto al espíritu de la Ley así debe interpretarse: la mención a “extranjeros” es meramente un *lapsus calami*, que no debe interpretarse en sentido meramente literal.

En cuanto a los negocios de garantía que estarían comprendidos en la norma que se analiza, y que, por ende, quedan regulados por la L.I.E., se debe afirmar que lo están solamente aquellos que, primero, recaigan sobre acciones y partes sociales; segundo, sobre empresas mexicanas y activos fijos y esenciales de ella; tercero, sobre los actos que concedan a la I.E. “la facultad de determinar el manejo de una empresa mexicana”. Las garantías que concedan a un “extranjero” el derecho de adquirir la propiedad o el goce de otros bienes o derechos, en caso de incumplimiento (real o simulado) del deudor, mediante acuerdos o adjudicación judicial o administrativa, no son objeto de la regulación ni de restricción alguna, por la L.I.E., salvo que se dé lugar al control extranjero a que se refiere el anterior supuesto.

En el primer caso, garantía sobre acciones o partes sociales, su constitución (*vgr.*, prenda, fideicomiso) en favor de I.E. no se prohíbe ni requiere autorización de la CNIE, pero debe inscribirse en el R.N.I.E. Si la garantía implica la trasmisión del derecho de voto al acreedor-garante (inversionista extranjero o institución fiduciaria), el caso entraría en el tercer supuesto (control) y entonces sí se requeriría autorización de la Comisión (para otros supuestos sobre el voto, véase *supra* número 34 *in fine*).

Otros negocios que no constituyen propiamente una garantía, como el usufructo, el depósito, el embargo, de acciones o de partes sociales, no tienen porque inscribirse en el R.N.I.E., sólo serán objeto de la regulación de la L.I.E. cuando concedan al acreedor, inversionista extranjero, la facultad de determinar el manejo de la empresa, mediante la atribución del derecho de voto al extranjero, o la imposibilidad de ejercerlo por el nudo propietario, el depositante o el deudor embargado, lo que se traduzca, a su vez, en que el extranjero adquiera dicho control.

Si a virtud de la ejecución de las garantías el acreedor adquiere las acciones, se podría incurrir en uno de los supuestos de los artículos 5º párrafo segundo u 8º; o sea, adquisición de más del 49% o del 25% del capital social, lo cual exige autorización especial de la CNIE; en ausencia de ella, tampoco se prohibiría la adjudicación (salvo el caso, nuevamente, de que la I.E. adquiriese el control), porque esta hipótesis se regiría por el artículo 6º de la Ley Orgánica de las fracciones I y IV del artículo 27 constitucional, que para los supuestos de adquisición por herencia o por adjudicación, en favor de extranjeros, de bienes o derechos cuya transmisión les estuviera prohibida, les concede el derecho de solicitar de la Secretaría de Relaciones Exteriores, un permiso de adjudicación, con la condición de que dentro de un plazo de cinco años el extranjero transmita los bienes o derechos a persona legitimada conforme a la ley (sobre este tema véase *infra* 76).

En relación con el segundo caso, o sea, garantías que recaigan sobre empresas o activos fijos o esenciales, ellas no están sujetas a permisos o autorizaciones de la CNIE (y en el presente caso, tampoco a inscripciones en el R.N.I.E.), aunque dichos activos excedan del 49% que fija el artículo 8º, salvo que la garantía otorgue el control de la empresa y en los casos de remates y adjudicaciones, se aplica también lo que dijimos del primer caso, inclusive la aplicación del artículo 6º de la Ley Orgánica de las fracciones I y IV del artículo 27 constitucional. Por último, en el caso de garantías que impliquen que la I.E. adquiriera el control de una empresa, se comprenderían todas las que puedan constituirse en nuestro sistema legal, cualquiera que sea el bien o derecho sobre el que recaigan, independientemente de que se trate de una garantía típica (prenda, hipoteca), de que el inversionista extranjero sea parte del contrato o del pacto de garantía, o bien, sea un tercero en cuyo favor se hubiera constituido ésta.