

INVERSION EXTRANJERA

Not. Adrián R. Iturbide Galindo

INVERSIÓN EXTRANJERA

Un tema que durante décadas ha revestido gran importancia para nuestro país, sin duda es el de la inversión extranjera. El desplome dramático de la economía mexicana sufrido a partir de diciembre de 1994 hace hoy como nunca antes, patente, la insuficiencia del ahorro interno para financiar el desarrollo que reclama y necesita nuestro pueblo y resalta la urgencia de captar recursos del exterior.

En el Plan Nacional de Desarrollo (PND) 1995-2000, se diagnostican los problemas que agobian a la Nación Mexicana y se proponen soluciones generales para superar la crisis económica. Frente a la corrupción e impunidad generalizada frente a la creciente inseguridad que reina en el país, frente al enorme desempleo generado, la devaluación de la moneda, el retorno a la inflación, y el consecuente empobrecimiento de todos los mexicanos, se hace imperativo el volver al crecimiento económico, con desarrollo social fortaleciendo la democracia, la justicia y la soberanía.

De ahí los cinco objetivos de este programa: Soberanía, Estado de Derecho, Desarrollo Democrático, Desarrollo Social y Progreso Económico.

Pero para poder crecer y con la urgencia que la crisis demanda, es evidente que el financiamiento puramente interno, que sería lo ideal, no alcanzaría; se tiene pues que recurrir al ahorro externo para poder esperar en el corto tiempo tasas positivas de crecimiento económico.

Se pretende sin embargo, minimizar ahora los riesgos de depender de una inversión extranjera de corto plazo, especulativa; que busca rápidas ganancias, volátil, nerviosa, que se retira ante cualquier señal de peligro y que acarrea a la larga más males que ayuda para el país. Se busca pues, encontrar la forma de atraer la inversión extranjera permanente que complemente al ahorro interno, que debe fomentarse y promoverse, que se destine a ampliar la planta productiva del país, genere empleos, traiga tecnología de punta, produzca bienes comercializables que puedan competir en el mundo globalizado que caracteriza al fin del milenio a través de favorecer el incremento de exportaciones. Tarea nada fácil, ante esa globalización mundial en la que los países en desarrollo, ya de América Latina, ya de Asia, incluyendo a China, ya de los países ex-

Inversión Extranjera

socialistas de la Europa Oriental, luchan por atraer a sus economías los excedentes del ahorro de los países industrializados emisores del capital, que por cierto buscan siempre los lugares que les ofrezcan mayores tasas de rendimiento, que les permitan el incremento constante de su capital, penetrando nuevos mercados que les faciliten la explotación óptima de sus tecnologías de avanzada, con el menor riesgo posible, que buscan y exigen siempre, también claridad y seguridad jurídica, estabilidad política, social y cambiaria del país receptor, trato nacional para sus inversionistas, seguridad para la propiedad, especialmente para la intelectual, y que por desgracia la mayoría de los países en vías de desarrollo no pueden ofrecer cabalmente.

Paradójicamente, los países que ofrecen tales ventajas son los propios países industrializados que se convierten así, por un lado en los emisores natos del capital y por el otro, en los principales receptores de los flujos financieros de la inversión extranjera directa. Así, Estados Unidos de América, siendo al mismo tiempo el principal generador de la inversión extranjera directa como país emisor, es al mismo tiempo el mayor receptor de la inversión proveniente de otros países industrializados, principalmente del Japón y de la Comunidad Económica Europea.

Los países que desean captar esa inversión extranjera directa tienen en consecuencia que competir entre sí, con decisión, energía e imaginación para atraerla, reorientando sus políticas económicas y modernizando sus marcos jurídicos.

El régimen Salinista fue aparentemente exitoso en esta tarea, se propuso captar en su sexenio 24,000 millones de dólares y duplicó la meta. Así, mientras que el saldo histórico acumulado en el país a finales del régimen del Presidente Miguel de la Madrid sumaba 24,087.4 millones de dólares, al final del gobierno Salinista sumaba algo más de 50,000 millones adicionales, esto es 77,977.9 millones de dólares, según cifras ofrecidas por la Dirección General de Inversión Extranjera de SECOFI; aunque se contabilizó desgraciadamente en estas sumas, y a partir de 1989, el monto de la inversión extranjera en el sector de renta variable del mercado de valores.

Después del terrible golpe sufrido por los mexicanos con la devaluación de diciembre de 1994, se frenó el flujo de la inversión extranjera, huyeron muchos capitales, se agudizó el desempleo, el país tuvo que recurrir urgentemente a nuevos y costosos endeudamientos y México se sumió

Inversión Extranjera

en la peor crisis que la mayor parte de la población haya conocido y de la que aún no podemos salir.

En los datos preliminares proporcionados por SECOFI, al primer semestre de 1995, se señaló sin embargo, que a partir del segundo bimestre de ese año, se observaba una recuperación paulatina de la confianza por parte de los inversionistas extranjeros, consecuencia, se dijo de "los resultados obtenidos por el programa económico establecido por el Gobierno Mexicano para mantener la disciplina financiera, monetaria, fiscal y cambiaria, así como de las adecuaciones al marco jurídico encaminado a facilitar la participación de los inversionistas extranjeros en sectores importantes de la economía" (ferrocarriles, telecomunicaciones, servicios financieros, petroquímica secundaria ya aviación civil), y del establecimiento de acuerdos bilaterales que confieren garantías recíprocas a las inversiones, como los llamados (APPRI) Acuerdos Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (como los firmados con España y Suiza), que extienden el tratamiento a la inversión extranjera, establecido en los Tratados de Libre Comercio suscritos por México, a otros países, en forma recíproca.

Al 21 de febrero del presente año, la SECOFI informó haber contabilizado inversión extranjera directa en 1995 por 5,496.3 millones de dólares, correspondiendo de esa cantidad el 80% a inversiones notificadas al Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, y el 20% restante a las importaciones netas temporales de maquinaria y equipo por parte de maquiladoras.

De los 4,397.7 millones de dólares notificados, a).- el 27.3% se originó por avisos relativos a suscripción de acciones de 1,511 sociedades que por primera vez recibieron inversión extranjera, ya en su constitución (88.4%), ya por virtud de una adquisición de acciones (11.6%); b).- en 72.2% por 1,425 avisos de modificación al capital social de sociedades en las que la inversión extranjera ya participaba con anterioridad; y c).- en 0.5% por avisos relacionados con adquisición de derechos de fideicomisario en 446 fideicomisos de inmuebles ubicados en la zona restringida.

Por el país de origen, los inversionistas norteamericanos participaron con un 62.7%; los holandeses con 10.3%; los alemanes con 9.8%; los canadienses con 2.6%; los japoneses con 2.5%; los de Reino Unido 1.7%; y de otros países en un 10.4%.

Inversión Extranjera

Igualmente y a partir de marzo de 1995 la SECOFI decidió suspender la publicación de informes mensuales sobre los montos de inversión extranjera directa y sobre proyectos autorizados por la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, pues se detectaron algunos problemas en la metodología usada hasta ese momento, como eran el desfase entre la fecha de la inversión y su notificación; y entre la aprobación de un proyecto y su realización.

Para resolver lo anterior, SECOFI y Banco de México, revisaron sus respectivas metodologías conjuntamente, para obtener cifras sobre el comportamiento de la inversión extranjera directa y establecieron un programa tendiente a mejorar sus sistemas.

MARCO JURIDICO

Ahora bien, ¿cuál es el marco jurídico, que ha regulado la inversión extranjera en nuestro país? Se encuentra en vigor el Reglamento de 1989 de la anterior Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, en todo lo que no se oponga a la nueva Ley de Inversión Extranjera (Diario Oficial de 27 de diciembre de 1993) por disposición expresa del Artículo cuarto transitorio de esta última.

Ambos ordenamientos, fueron promulgados durante el gobierno del Presidente Salinas y reflejan un enorme cambio en la orientación de la política nacional hacia la inversión extranjera directa, respecto a la que prevaleció durante la vigencia de la antigua Ley de 1973, como en su oportunidad ésta significó un cambio importante respecto a la que existía con la normatividad anterior.

Recordemos brevemente, enunciando las cuáles han sido las disposiciones más importantes que han regulado esta materia en nuestro país, partiendo de la promulgación de nuestra Carta Magna y que podríamos dividirlas en tres etapas.

Una primera que arranca con la Constitución Política de 1917; una segunda, que se inicia con la Ley de 1973; y, la última que surge con motivo de la expedición del Reglamento en 1989, que continúa con la promulgación de la vigente Ley de Inversión Extranjera de diciembre de 1993 y que culminará con la expedición de un nuevo Reglamento de esta Ley y de un Reglamento del Registro Nacional de Inversiones

Extranjeras que serán promulgados seguramente antes de que termine el presente año.

PRIMERA ETAPA

Esta materia encuentra su fundamento jurídico primario, en la Constitución de 1917 que en su Artículo 10. consagra el principio fundamental del régimen jurídico aplicable a los extranjeros, y que es el de igualdad ante la ley, con los nacionales, reiterado después en la ya abrogada Ley de Nacionalidad y Naturalización, que establecía además, siguiendo las ideas del Dr. Carlos Calvo que éstos (los extranjeros), sólo podían apelar a la vía diplomática en los casos de denegación de justicia o retardo voluntario y notoriamente malicioso en su administración.

Igualmente la Carta Magna regula en forma indubitable en su Artículo 27 Constitucional, bajo qué condiciones un extranjero (se había interpretado consistentemente aplicable sólo a personas físicas extranjeras, pero ahora se extiende a personas morales) puede adquirir tierras, aguas o sus accesiones o bien obtener concesiones para el uso, disfrute o aprovechamiento de los mismos bienes (en principio derecho reservado a mexicanos por nacimiento y por naturalización y a sociedades mexicanas), y que implican forzosamente la celebración de un convenio con la Secretaría de Relaciones Exteriores, por el que se obliga el extranjero en considerarse como mexicano respecto a la adquisición de que se trata y en no invocar la protección de su gobierno por lo que se refiere a los bienes adquiridos, bajo la pena de perder su inversión en beneficio de la Nación, en caso de incumplimiento; lo que implica la inserción de una condición resolutoria contractual y que es el desarrollo más puro de la Doctrina Calvo; después, en leyes secundarias y partiendo de esa base, se ha venido exigiendo constantemente y con diversos textos a la inversión extranjera.

Se establece igualmente en esta fracción I del 27 la prohibición absoluta para los extranjeros, de adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas en una faja de 100 Km. a lo largo de las fronteras y de 50 en las playas, consagrando la tradición histórica mexicana de las zonas prohibidas, iniciada a sugerencia de Don Lucas Alamán en la Ley que Prohibía la Colonización con Extranjeros, en los Estados Limítrofes del 6 de abril de 1830 y que intuía con gran inteligencia el conflicto por el cual México

Inversión Extranjera

perdería después gran parte de su territorio. Este principio, posteriormente fue repetido en leyes similares en 1842 y 1856 fijándose la zona prohibida en un espacio de 20 leguas.

Por otro lado, no hay que olvidar el texto actual del Artículo 73 fracción XXIX- F) de la Constitución que establece como facultad del Congreso de la Unión: "... expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional ...". Las leyes que regulan esta materia, son en consecuencia, de orden federal.

Dentro de esta primera etapa, debemos recordar los siguientes ordenamientos:

a) La Ley Orgánica de la Fracción I del Artículo 27 Constitucional, publicada en el Diario Oficial del 21 enero de 1926 —abrogada en 1993 e por la Ley vigente—, que además de reiterar la prohibición absoluta para los extranjeros de adquirir el dominio directo de tierras y aguas en la zona prohibida, la ampliaba a la de ser socios en sociedades mexicanas que adquirieran tal dominio en la misma zona, e insistía en la obligación de celebrar el Convenio Calvo, para que un extranjero pudiera formar parte de una sociedad mexicana que adquiriera ese dominio en el territorio nacional (obviamente fuera de la zona prohibida);

b) El Reglamento de la Ley Orgánica, de 29 de mayo de 1926, publicado en el Diario Oficial el 29 de agosto de ese año —éste abrogado por el Reglamento de la Ley en 1989—; ordenamiento aplicado durante más de 50 años por el notariado mexicano, ya que en sus artículos 20. y 80. se incluían respectivamente los textos del Convenio Calvo y de la cláusula de exclusión de extranjeros, que debían insertarse en las escrituras constitutivas de sociedades según correspondiera;

c) En 1934 se promulgó la Ley de Nacionalidad y Naturalización, que estuvo en vigor hasta el 21 de junio de 1993 en que fue abrogada por la Ley de Nacionalidad. Esta Ley exigía el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores y el Convenio Calvo, para que los extranjeros, personas físicas y morales, y sociedades mexicanas con cláusula de admisión de extranjeros, pudieran obtener concesiones o celebrar contratos con Ayuntamientos, gobiernos Locales o Federales, y que tuviera cuando menos la ventaja de uniformar el texto de la Cláusula Calvo y acabar con el casuismo en su redacción, originado por diversos decretos

Inversión Extranjera

del Ejecutivo dictados en 1926. Este ordenamiento establecía también la prohibición para que las personas morales extranjeras pudieran adquirir, tierras, aguas u obtener concesiones en la República Mexicana.

Este documento importantísimo en esta materia, fue el Decreto de 29 de junio de 1944, publicado en el Diario Oficial el 7 de julio de 1944, expedido a raíz de la suspensión de garantías motivada por la Segunda Guerra Mundial, y que estableció la necesidad transitoria de obtener permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, a los extranjeros y a las sociedades mexicanas que tuvieran o pudieran tener socios extranjeros, para adquirir negociaciones o empresas; o el control sobre ellas; bienes inmuebles, raíces rústicos o urbanos, dominio de tierras, aguas, concesiones de minerales; para el arrendamiento de esos bienes por más de 10 años; para la celebración de fideicomisos en que intervían como fideicomisarios; para la constitución de sociedades que pudieran tener socios extranjeros; y para su modificación o transformación.

Durante muchos años, y hasta antes de la promulgación de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, la Secretaría de Relaciones Exteriores, utilizó el decreto en cuestión para fundamentar la expedición de los permisos, a pesar de su dudosa constitucionalidad; ya que al levantarse la suspensión de garantías se dejaban sin efecto las disposiciones expedidas con vigencia limitada a la emergencia, pero se ratificaban con carácter de leyes las disposiciones relacionadas con la intervención del Estado en la vida económica, lo que permitió al gobierno, sostener su vigencia a pesar de que la Suprema Corte de Justicia confirmó resoluciones de Jueces de Distrito que resolvieron lo contrario. El decreto concedía a la Secretaría de Relaciones Exteriores, una gran discrecionalidad y basándose en ella durante varios años, mediante acuerdos generales señaló limitaciones a la inversión extranjera.

Sé creó además, en 1947 una Comisión Mixta Intersecretarial que, coordinó la aplicación de las diversas leyes relativas a inversión de capitales nacionales y extranjeros y que en un período comprendido entre 1947 y 1953 dictó doce normas que fueron también de gran aplicación.

Por su parte la Secretaría de Relaciones Exteriores, siguió durante esos años estableciendo discrecionalmente condiciones en los permisos que expedía y que rebasaban con frecuencia el texto del decreto de 1944.

Inversión Extranjera

e) Otra ley que indudablemente tuvo aplicación importante en esta materia fue la Ley General de Población de 23 de diciembre de 1947 e reformada en 1949 y abrogada por la actual del 7 de enero de 1974, y que ha sufrido diversas reformas. El Reglamento de la primera de 1962 e abrogado por el de noviembre de 1976 y este último por el de 31 de agosto de 1992.e

f) Por último y en esta etapa, dos decretos presidenciales, uno del Presidente Díaz Ordaz de 2 de julio de 1970, que estableció limitaciones a la inversión extranjera en las industrias siderúrgica, cemento, vidrio, fertilizantes, celulosa y aluminio; y el otro de abril de 1971 del Presidente Echeverría, que estableció la solución jurídica del fideicomiso para la adquisición de bienes inmuebles destinados a la realización de actividades industriales o turísticas en fronteras y costas, y que después se incorporaría como un capítulo de la Ley.e

Hasta ese momento, la inversión extranjera se venía regulando con base en prácticas de aplicación discrecional, que se fundaban en preceptos de todo tipo, incluyendo decretos, acuerdos e interpretaciones, que si bien cuidaban y respondían a intereses económicos y políticos, del momento, descuidaban en gran medida su aspecto jurídico y no hacían más que crear confusión para los inversionistas.

SEGUNDA ETAPA

Ante esa situación desordenada y anárquica se hacía indispensable una ley unitaria que viniera a ordenar esta materia y que diera tanto a nacionales como a extranjeros certeza y seguridad en sus inversiones, y fue, por fin, el 9 de marzo de 1973 que se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la Ley Para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, y que estuvo en vigor durante más de 20 años. El ordenamiento significó un avance importante en esta materia, teniendo un carácter, más que promocional, regulatorio de la inversión extranjera directa, consagrando un sistema de prohibiciones para ella, de autorizaciones previas, de registro y de vigilancia de su comportamiento a través de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, órgano intersecretarial y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras dependiente de la SECOFI.

A pesar de todas las críticas que en su momento recibió este ordenamiento, resultó ser un cuerpo normativo ágil y flexible, que le

Inversión Extranjera

permitió adaptarse a los cambios sufridos en la vida económica del país durante más de dos décadas; sobre todo, en los últimos años de su vigencia, en que se observó una tendencia hacia la apertura y hacia la flexibilización de los mecanismos de control, así como a la atenuación o eliminación, para la inversión extranjera directa, de las restricciones que le eran aplicables.

La Ley de 1973, confería a la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, la facultad de resolver sobre el aumento o disminución de los porcentajes señalados en la misma, cuando a su juicio fuera conveniente para la economía, y a fijar condiciones para recibir la inversión extranjera directa en casos específicos; y le atribuía la facultad de establecer criterios y requisitos para la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias sobre inversiones extranjeras, con base en lo cual, dicha Comisión dictó diversas resoluciones generales.

La ley no definía lo que debía entenderse por inversión extranjera directa en sí misma, sino en forma indirecta, acudiendo al sujeto que la realizaba y así incluía en esa clasificación, a ciertas sociedades mexicanas que desde el punto de vista estrictamente legal, son las que se constituyen conforme a las leyes de la República y tienen en ella su domicilio social, pero que en virtud de que eran los extranjeros los que detentaban la mayoría del capital o el poder de controlarlo, debían considerarse como inversión extranjera.

Se trataba pues, de controlar la inversión que realizaran ciertos sujetos, con recursos cuyo origen debía ser extranjero, entendiéndolo como antónimo de nacional, algo no mexicano, y que lo realizaran adquiriendo: a) capital de las empresas mexicanas en el acto de su constitución; b) en la adquisición del capital o de los activos fijos de una empresa ya constituida; c) en la administración de una empresa, en la facultad de determinar su manejo; y d) en la instalación de nuevos establecimientos, nuevos campos de actividad económica o nuevas líneas de productos.

Consideraba así, no sólo inversión extranjera, a la que se realizaba por personas físicas, morales y unidades económicas extranjeras, sino también a la que se realizaba por empresas mexicanas, en las que participara mayoritariamente capital extranjero o, en la que los extranjeros tuvieran por cualquier título la facultad de determinar el manejo de la empresa y consagraba una variante de la cláusula Calvo, pues entendía que los extranjeros la aceptaban por el sólo hecho de adquirir bienes en la República Mexicana.

Inversión Extranjera

Enumeraba cuáles actividades estaban reservadas exclusivamente al Estado; cuáles estaban reservadas a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros; en qué actividades se admitía la inversión extranjera y con qué porcentaje, y por último aclaraba que salvo esos casos específicos y en aquéllos otros que las disposiciones legales o reglamentarias, no exigieran un porcentaje determinado, se aceptaba la inversión extranjera directa en una proporción que no excediera del 49% del capital de la empresa y siempre que no tuvieran por cualquier título la facultad de determinar el manejo de la misma; señalando que la participación de la inversión extranjera directa, en los órganos de administración de la empresa no podría exceder de su participación en el capital.

La ley reiteraba la prohibición constitucional, para adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas en la zona prohibida para extranjeros, sociedades extranjeras y sociedades mexicanas que no tuvieran cláusula de exclusión de extranjeros, y prohibía tajantemente a sociedades extranjeras esas adquisiciones, aún fuera de la zona prohibida y sólo las permitía a las personas físicas extranjeras, previo permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores y la celebración del Convenio Calvo.

La ley señalaba que se requería permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, para la adquisición de inmuebles por extranjeros; para la constitución o modificación de sociedades; también para la celebración de fideicomisos sobre inmuebles en fronteras y costas, y para la realización de actividades industriales o turísticas, elevando a categoría de disposición legislativa el decreto del Presidente Echeverría, determinando que el fideicomiso era el único procedimiento lícito a través del cual los extranjeros podían durante un plazo máximo de 30 años gozar del uso y aprovechamiento de inmuebles en la zona prohibida, sin violar la Constitución.

Los actos que se realizaran en contravención de la Ley, eran nulos y entre las sanciones que establecía, estaba la muy grave, señalada para los Notarios que autorizaran documentos en que no constaran las autorizaciones que debían expedirse en los términos de ley y que era la pérdida de la patente respectiva.

La Comisión dictó, a lo largo de varios años diversas Resoluciones Generales que fueron sistematizadas y actualizadas en una sola resolución, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de febrero

de 1988 y que fue abrogada finalmente por el Reglamento de la Ley de mayo de 1989.

TERCERA ETAPA

Este Reglamento, respondió a la necesidad patente de fortalecer la capacidad del país, para recibir flujos de capital extranjero, que significó la apertura económica, consecuencia natural de la apertura comercial iniciada desde el sexenio del Presidente de la Madrid.

Ante la globalización que se daba en la organización de la producción, era necesario en México además de acabar con el proteccionismo tradicional, cuellos de botella y rezagos acumulados, dotar a la inversión nacional y extranjera de una mayor agilidad y para ello era necesario revisar el marco jurídico. La inversión extranjera conlleva generalmente de decisiones a largo plazo, por lo que exige seguridad jurídica y certidumbre económica, y el Reglamento se dictó con el ánimo de dar claridad a las reglas del juego, reclamada de tiempo atrás por los inversionistas.

Por las especiales circunstancias políticas de 1989, se optó por la vía del reglamento y no por el camino legislativo como hubiera sido lo deseable, para evitar las críticas a su constitucionalidad; aunque debemos reconocerlo, se logró un ordenamiento ingenioso, que fomentó novedosas alternativas para la inversión extranjera en México; y por lo que hace a la certidumbre jurídica, reclamada por la inversión extranjera, si bien es cierto, atendiendo a las objeciones que se le hicieron, de que resultaba siempre más fácil, reformar posteriormente las disposiciones reglamentarias que las legislativas, lo cierto es, que de acuerdo con nuestro orden constitucional, si esto hubiera pasado, no hubiera podido darse a esas disposiciones, efectos retroactivos en perjuicio de persona alguna, por lo que se sostuvo que no corría peligro la inversión captada al amparo del Reglamento. Además, el gobierno en ese momento estimó que la ley cubría adecuadamente el campo de su regulación y que la misma, establecía las bases de un régimen jurídico subsidiario, que se había señalado desde su Exposición de Motivos, y que teniendo la regulación de las inversiones extranjeras necesariamente un carácter evolutivo, podría ser precisado por la vía reglamentaria; finalmente esto fue lo que se hizo y se expidió el Reglamento de la Ley para Promover

Inversión Extranjera

la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, que como hee señalado al principio, se encuentra en vigor en todo lo que no se oponga a la nueva Ley de Inversión Extranjera.

REGLAMENTO DE LA LEY PARA PROMOVER LA INVERSION MEXICANA Y REGULAR LA INVERSION EXTRANJERA

El Reglamento se compone básicamente de dos partes:

La primera, que es realmente la reglamentación de la ley en sus primeros artículos, más un anexo final que es un apéndice que contiene un catálogo de actividades reglamentadas; y,

La segunda, que recoge y simplifica las disposiciones que existían ya en el Reglamento del Registro de Inversiones Extranjeras, tomando en cuenta las disposiciones que al respecto se habían dictado por legislaciones de otros países, para conservar competitividad, reduciendo al mínimo las inscripciones en tan sólo tres secciones (elimina la inscripción de títulos representativos del capital y las resoluciones que dicte la Comisión), alarga plazos y maneja la figura novedosa de la afirmativa ficta.

En efecto, el Reglamento contiene una auto obligación de las dependencias correspondientes para contestar en plazos muy breves, ya que de no hacerlo se tiene por concedida la autorización solicitada. Contiene además, otro elemento novedoso —quizá lo más importante del Reglamento—, al manejar un régimen automático señalando bajo qué condiciones, la inversión extranjera podía en actividades no clasificadas participar en cualquier porcentaje, cuidando siempre las prioridades del país, que son, asegurar la expansión de nuestra actividad exportadora y cuidar los niveles de competitividad en el exterior.

Permitió en su Artículo 5 de una manera general la constitución de nuevas empresas, con una participación del capital extranjero hasta el 100% del capital social, sin que se requiriera autorización de la SECOFI, en cualquier actividad en que lícitamente pudiera pensarse, con tal de que no estuviera incluida en la clasificación reglamentada. Dichas actividades eran básicamente además de las reservadas al Estado, aquellas reservadas a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión

Inversión Extranjera

de extranjeros o a sociedades en las que debería haber mayoría en la participación del capital mexicano. Entendemos con esto que el Reglamento concedió a la inversión extranjera una autorización genérica por exclusión, lo que significaba que cualquier actividad no clasificada, estaba autorizada, condicionándola a que hubiera una conformidad del inversionista extranjero, de cumplir con los requisitos de carácter económico establecidos en el propio precepto, que se daba, por cierto, con el sólo hecho de adquirir acciones de la empresa en el acto de su constitución. Dichos requisitos eran:

(1)eUn monto máximo de inversión en activos fijos en el período preoperativo que señalara periódicamente la SECOFI y que inicialmente el propio Reglamento fijaba en una cantidad equivalente en ese entonces a 100 millones de dólares y que la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras podía ampliar hasta en un 30% a través de una resolución específica, conforme a la Regla 2 de la Resolución General No. 1;

(2)eEn cuanto a la procedencia de los recursos, se exigía que éstos provinieran del exterior, mediante aportaciones del capital del socio, o bien mediante el financiamiento de terceros con recursos del exterior (para evitar que la inversión extranjera directa absorbiera los recursos generados con el ahorro interno); aunque por otro lado se permitía que los recursos provinieran del propio patrimonio del extranjero, si éste, estaba establecido en México, aclarando la Regla 10 de la Resolución General No. 2, que esto era mediante reinversión de dividendos o utilidades no repartidas o aplicadas;

(3)eEl capital pagado de la empresa debía alcanzar un monto mínimo, equivalente al 20% de la inversión en activos fijos al final del período preoperativo, que la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras podía reducir en un 30% (Regla 2 Resolución General No. 1);

(4)eQue la ubicación de sus establecimientos industriales, se dieran fuera de las zonas geográficas de mayor concentración industrial, sujetas a crecimiento controlado (Regla 2 Resolución General No. 2) señaladas en el Diario Oficial de la Federación del 22 de enero de 1986: el Distrito Federal y Municipios conurbados del Estado de México, más los Municipios de Guadalajara y Monterrey;

(5)eLa empresa debía mantener cuando menos, saldos de equilibrio en su balanza de divisas, en los primeros tres años de operación, que lae

Inversión Extranjera

Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras podía exceptuar (Regla 2 Resolución General No. 1);

(6)e La empresa debía generar empleos permanentes, establecer programas de capacitación laboral, utilizar tecnología adecuada y por último observar las disposiciones mexicanas en materia ecológica.

El Notario debía analizar y calificar el objeto deseado por los inversionistas, de lo que dependería que se aceptara o no la participación mayoritaria o inclusive totalitaria de inversión extranjera, debiendo asesorarlos en la obligación que asumían de cumplir con las condicionantes económicas impuestas y advertirles que, en caso de incumplimiento, se tendría como una inversión no autorizada, sujeta a las sanciones económicas y jurídicas que señalaba la ley en su Artículo 28 y que implicaban la nulidad de los actos que se realizaran en contravención de la misma. En la escritura debía mencionarse expresamente, que la sociedad se constituía bajo el régimen automático de ese Artículo 5 y entratándose de objetos muy amplios, resultaba prudente cerrar el candado, estableciendo que a la sociedad en cuestión, le quedaban vedadas todas las actividades reglamentadas y que eran las reservadas a sociedades 100% mexicanas, o a sociedades obligatoriamente con mayoría de capital mexicano.

El Reglamento, en su Artículo 6, igualmente autorizaba para tres clases de empresas, una participación hasta el 100% del capital extranjero; y aquí se daba tanto para empresas ya constituidas, como para empresas nuevas al momento de su constitución y que eran: a) las empresas maquiladoras, b) y c) las empresas que realizaran actividades industriales o comerciales para exportación y que a su vez, eran: 1) las empresas sujetas al régimen Pitex (Programa de Importación Temporal para la Exportación), y 2) las empresas de comercio exterior, de conformidad con las disposiciones administrativas que establecieron reglas especiales para su operación y que fueron publicadas por lo que se refiere a maquiladoras, en el Diario Oficial del 15 de agosto de 1983 y del 22 de diciembre de 1989, y por lo que se refiere a las otras dos en los Decretos publicados en el Diario Oficial del 3 de mayo de 1990.

No hay que olvidar, que salvo los casos del Artículo 5 y del Artículo 6, se requería autorización de SECOFI, para que la inversión extranjera adquiriera acciones o activos fijos de sociedades, cuando se rebasara la regla general del 49%, fijada en el Artículo 5o. de la Ley, debiendo

Inversión Extranjera

observarse los criterios y requisitos fijados en la Regla 13 de la Resolución General No. 2.

Cabe mencionar también, el régimen transitorio para extranjerizarse que se establecía para empresas ya constituidas y que feneció el 17 de mayo de 1992, contemplado en el Artículo Sexto transitorio del propio Reglamento, y que estaba condicionado al cumplimiento de requisitos económicos similares a los manejados en el Artículo 5 del Reglamento. A iguales requisitos quedaban sujetas las sociedades dominatrices o holdings, constituidas para operar sólo y exclusivamente como sociedades tenedoras o controladoras de acciones y partes sociales, y que podían constituirse con inversión extranjera hasta el 100% de su capital, conforme a la autorización concedida en la Regla 16 de la Resolución General No. 2.

En otro orden de ideas, destacaban en el Reglamento las facilidades y la amplitud del campo que brindaba el mismo, para que los extranjeros, previa autorización de SECOFI, pudieran invertir a través de la figura jurídica del fideicomiso:

(1) Teniendo la calidad de fideicomisarios en aquellos fideicomisos constituidos sobre acciones, activos fijos y empresas, cuando los derechos de voto o pecuniarios que les concedieran, dieran por resultado, que su participación en el capital rebasara el tope del 49%, o pudieran disponer de más del 49% de los activos fijos, o bien explotar la empresa.

(2)eLa apertura a la inversión extranjera de la zona restringida, fronterase y costas, mediante su participación en fideicomisos, cuya materia fueran acciones de sociedades con cláusula de exclusión de extranjeros, propietarias de inmuebles en esa zona, con objeto de alentar las actividades industriales y turísticas, ya que la sociedad propietaria debía realizar nuevas inversiones productivas.

(3)eLa regulación de la inversión neutra, que permitía la adquisición por extranjeros, en el mercado bursátil de certificados de participacióne ordinarios emitidos por las fiduciarias, en fideicomisos constituidos sobre acciones serie "N" o neutras, cotizadas en bolsa (o inclusive Serie "A" con autorización de SECOFI), no computable como inversión extranjera y que podían también ser adquiridas por entidades financieras del exterior, por cuenta propia o de terceros, pudiendo éstas emitir

Inversión Extranjera

nuevos títulos valor, a fin de colocarlos en los mercados bursátiles extranjeros.

Los certificados, sólo incorporaban derechos pecuniarios derivados de las acciones, y sus derechos corporativos quedaban incorporados en las acciones fideicomitidas para ser ejercidos por las instituciones de crédito mexicanas suscriptoras.

Evidente, era pues, el deseo de buscar nuevas fórmulas de financiamiento diversas al crédito, asociando la inversión foránea con la nacional en proyectos colocables en los mercados bursátiles nacional y extranjeros, captando a inversionistas institucionales, que contando con gran liquidez buscaran rendimientos a su inversión, sin interesarles el control de las empresas.

En otro orden de ideas, se reiteraba en el Reglamento, la necesidad de obtener permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, para constituir los fideicomisos de inmuebles en la zona restringida —destinados a actividades industriales y turísticas—, pero esta Secretaría, sólo conservaba discrecionalidad cuando se trataba de las actividades con fines residenciales y condominales en la Península de Baja California, y la zona restringida de las fronteras del país.

Ante la privatización de la banca y al insertar las instituciones de crédito, en sus estatutos la cláusula de admisión de extranjeros, renació la duda de si estas instituciones podían o no seguir siendo fiduciarias en fideicomisos de inmuebles ubicados en la zona restringida, atento a la prohibición absoluta para los extranjeros, contenida en el Artículo 1o. de la Ley Orgánica de la Fracción I del 27 Constitucional, de ser socios de sociedades mexicanas que adquirieran tal dominio en esa zona.

La Secretaría de Relaciones Exteriores resolvió en enero de 1992 a uno de los principales Bancos del país, que si bien, esa institución no podía adquirir inmuebles en zona restringida, aún cuando éstos fueren necesarios para desarrollar su objeto social, pues para ello tendría que adquirirlos vía fideicomiso o, a través de la inmobiliaria del grupo, podía en cambio, ser fiduciaria de inmuebles ubicados en la zona restringida del país, aún cuando los fideicomisarios fueran extranjeros, ya que la Institución de Crédito en ningún momento adquiriría el dominio directo de los inmuebles fideicomitidos.

El Reglamento acabó con la incertidumbre de lo que pasaría con las inversiones en esa zona al concluir el plazo legal de 30 años, al permitir

Inversión Extranjera

la constitución de nuevos fideicomisos con las mismas características originales, si se solicitaba el nuevo permiso, de medio año a un año, antes de que expirara el primero.

Por otro lado sólo se requería permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para que los extranjeros: personas físicas o morales adquirieran derechos de fideicomisarios en fideicomisos cuyo patrimonio estuviera constituido por tierras, aguas y sus accesiones, ubicados fuera de la zona restringida, cuando se otorgaran a los fideicomisarios derechos reales sobre dichos bienes; supuesto que no se daba, pues es bien sabido que la doctrina mayoritariamente interpreta que los derechos de fideicomisario son derechos personales y nunca reales.

Otro mecanismo novedoso, que buscaba recursos financieros para proyectos importantes, para los que no había financiamiento en el país, era aquel que establecía la posibilidad para aquellas sociedades cuyas actividades estuvieran reservadas a mexicanos o a sociedades con cláusula de exclusión de extranjeros, como eran, las dedicadas a transportes aéreos y marítimos nacionales, distribución de gas, petroquímica secundaria o fabricación de autopartes, etcétera, pudieran allegarse inversión extranjera temporal hasta por veinte años, cuando dichas empresas sufrieran de extremo desequilibrio financiero, exceso de pasivos, principalmente en moneda extranjera, disminución drástica de sus rentas o quisieran aumentar su producción o modernizar o renovar su tecnología y no encontraran inversionistas mexicanos o bien que éstos hubieran renunciado a sus derechos preferenciales. La inversión extranjera podía participar en fideicomisos de acciones de esas sociedades, siempre que las aportaciones de los extranjeros al fideicomiso fueran en numerario o compensadas con pasivos.

Por lo que se refiere al permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores es bien sabido, que a partir de la promulgación del Reglamento sólo se requirió para la constitución de sociedades civiles o mercantiles, controlando la Secretaría de Relaciones Exteriores, únicamente la denominación o razón social de la empresa. Todos los elementos esenciales y accidentales de la constitución, incluyendo el objeto y la celebración del Convenio Calvo o la inclusión de la cláusula de exclusión de extranjeros, quedaron desde entonces bajo la responsabilidad del Notario Público que interviniere en la constitución; y en el caso de reformas a los estatutos de sociedades, sólo se requería el permiso cuando

Inversión Extranjera

se modificara su denominación o razón social o se cambiara su cláusula de extranjería.

Para la adquisición de inmuebles por sociedades mexicanas, tuvieran o no socios extranjeros, no se requería permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores y para la constitución de fideicomisos, ya dijimos: sólo se requería cuando tuvieran finalidades industriales y turísticas en la zona restringida siempre y cuando el fideicomisario fuera una persona física o moral extranjera, o fuera una sociedad mexicana con cláusula de admisión de extranjeros.

Por lo que se refiere a adquisiciones de extranjeros, personas físicas, a partir del Reglamento sólo se requirió el permiso de Relaciones para adquirir inmuebles urbanos o derechos reales sobre los mismos, por sí o a mediante apoderado, independientemente de su calidad migratoria y sin necesidad del permiso de la Secretaría de Gobernación, conforme a la reforma del Artículo 66 de la Ley General de Población del 17 de julio de 1990; e igualmente, sin requerir ese permiso podían adquirir valores de renta fija o variable. Con esto, prácticamente cualquier extranjero aprobando tan sólo su legal estancia en el país, puede desde entonces realizar las adquisiciones mencionadas, o comparecer a la constitución de sociedades hasta los límites permitidos, para la inversión extranjera sin requerir autorización de la Secretaría de Gobernación. Los únicos extranjeros que tienen prohibición absoluta, son los no inmigrantes con carácter de transmigrantes y que son lo que están en tránsito hacia otro país.

El Reglamento de la Ley General de Población de 31 de agosto de 1992, amplió esta posibilidad en su Artículo 122 para los inmuebles rústicos.

Por otra parte, con extraordinaria simplificación, el Artículo 127 de este Reglamento de la Ley General de Población establece que, cuando de la celebración o formalización de un acto o contrato se origine la posibilidad de realización de una actividad, por parte del extranjero para la cual no estuviera autorizado por Gobernación (en la constitución de sociedades y en la protocolización de actas de asambleas, se presenta con frecuencia), el acto, puede celebrarse y formalizarse siempre que en el instrumento se prevenga que el desempeño de la actividad, estará sujeta a la autorización que expida a su juicio la Secretaría de Gobernación.

Inversión Extranjera

Por lo que se refiere a inmigrados, su inversión se equiparaba a la mexicana, salvo cuando por razón de su actividad se encontraran vinculados con centros de decisión económica del exterior, y que era cuando prestaban servicios personales subordinados o dependían de un inversionista extranjero para comercializar los bienes y servicios que produjeran; y la equiparación no se aplicaba en la zona restringida, en actividades reservadas de manera exclusiva a mexicanos o en sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros o fueran materia de regulación específica, y que eran los señalados en la clasificación anexa al Reglamento, según lo confirmó la Dirección General de Inversiones Extranjeras (en oficio de 23 de marzo de 1992).

Las Resoluciones Generales expedidas a partir del Reglamento, por la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, fueron 4: Las dos primeras publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 21 de junio de 1989, adicionadas en el Diario Oficial de 26 de octubre de 1989 y que se referían: la número uno, al establecimiento de un procedimiento expedito para que la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras emitiera resoluciones específicas; la número dos, que establecía criterios para la aplicación de diversas disposiciones del Reglamento; la número tres, Diario Oficial del 9 de agosto de 1990 y su adición Diario Oficial de la Federación del 10. de abril de 1992 que establecía criterios y mecanismos especiales para la aplicación de diversas disposiciones del Reglamento en relación con la inversión neutra; y la número 4, del 14 de septiembre de 1990, que establecía un régimen para que inversionistas que hubieren concertado compromisos, metas y programas con la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras anteriores al Reglamento, se acogieran a los señalados en el Artículo 5 del Reglamento.

LEY DE INVERSIÓN EXTRANJERA

La ley vigente; Ley de Inversión Extranjera (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1993) se compone tan sólo de 39 artículos, divididos en ocho títulos y once transitorios.

Esta ley abrogó a la anterior de 1973, a la Ley Orgánica de la Fracción I del Artículo 27 Constitucional y al decreto de 1944; y derogó los artículos 46 y 47 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos (1972); y finalmente todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de carácter general, que se le opusieran; y mantuvióe

Inversión Extranjera

vigente en todo lo que no se oponga a la misma y en tanto se expidan los Reglamentos de esta Ley, al Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera de 1989.

Esta ley significa un avance enorme en relación con la primera, recoge una serie de principios contemplados por el Reglamento, y desde luego resaltan en ella dos aspectos; primero, una abdicación de los requisitos de desempeño que imponía el Reglamento, y segundo, una gran apertura sectorial que implica prácticamente, fin al tope del 49%.

Es congruente con el Capítulo IX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte dando a la inversión extranjera trato nacional, incorpora al texto legal algunos de los mecanismos para captar inversión extranjera, que existían en el Reglamento, terminando con las objeciones a su constitucionalidad y elimina las condicionantes, y los requisitos para la utilización del régimen automático de constitución de empresas para la participación libre de la inversión extranjera directa, reduciendo los criterios proteccionistas para autorizar la inversión extranjera, limitándolos tan sólo a la creación de empleos, capacitación de trabajadores, contribución tecnológica, ordenamientos ecológicos, y aportación a la competitividad de la planta productiva del país. Establece que sólo pueden imponerse requisitos que no distorsionen el comercio internacional. En suma, flexibiliza aún más la recepción de la inversión extranjera inclusive en la zona restringida.

Podríamos, así decir, que da un giro importante hacia la apertura de la inversión extranjera, que puede ser mayoritaria e inclusive totalitaria en la mayor parte de las ramas de la actividad económica.

Reitera la Ley su carácter de orden público y de ser de observancia general en toda la República. A diferencia de la ley de 1973 que, como he dicho tenía un carácter altamente regulatorio de la inversión extranjera directa, y que consagraba un sistema de prohibiciones para ella, de autorizaciones previas y de vigilancia de su comportamiento; la actual ley, reitera que su objeto es la determinación de reglas para canalizar la inversión extranjera en el país y propiciar su contribución al desarrollo nacional.

Al igual que la anterior que no definía lo que debía entenderse por la inversión extranjera en sí misma, sino en forma indirecta, acudiendo al sujeto que la realizaba, la vigente nos define a la inversión extranjera

Inversión Extranjera

como la participación de inversionistas extranjeros en cualquier proporción en el capital social de sociedades mexicanas, y en las actividades y actos contemplados por la ley y la realizada por sociedades mexicanas con mayoría de capital extranjero; si bien éstas últimas se excluyen del concepto de inversionista extranjero, calificativo que se reserva ahora a las personas físicas o morales de nacionalidad distinta a la mexicana y a las entidades extranjeras sin personalidad jurídica.

Repite la definición de zona restringida, que contiene el Reglamento de la anterior, 100 km. a lo largo de las fronteras y de 50 a lo largo de las playas, eliminando las menciones a la Ley Orgánica de la Fracción I del 27 Constitucional.

Precisa la cláusula de exclusión de extranjeros en forma parecida a como lo hace al Artículo 30 del Reglamento (no admisión directa, ni indirecta de inversionistas extranjeros, ni de sociedades con cláusula de admisión), eliminando la frase de que las sociedades que los excluyan "no reconocerán en absoluto derechos de socios o accionistas a inversionistas extranjeros", quizá por resultar evidente lo anterior, al no poderles admitir en su seno.

Por lo que se refiere a la inversión de inmigrados, se equipara como regla general a la mexicana, sin importar ya su vinculación con centros de decisión económica del exterior, y sólo sigue considerándose como inversión extranjera, la que realicen en las actividades contempladas en los Títulos Primero y Segundo de la Ley; con una mala redacción, pues es dentro de este título donde se contempla la participación libre, para la inversión extranjera y la limitada a ciertos porcentajes en actividades y adquisiciones con regulación específica. Creemos que la limitación a esa equiparación de la inversión de los inmigrados, es tan sólo en las actividades reservadas a mexicanos y a sociedades con cláusula de exclusión, y no en las actividades y adquisiciones con regulación específica pues si no su situación sería exactamente igual a la de cualquier otro extranjero. En febrero de 1994, la Dirección General de Inversión Extranjera parece confusamente confirmar lo anterior.

La parte medular de la ley es su Artículo 4o., en el que se establece la regla general de inversión libre para el capital extranjero. Esto es, que la inversión extranjera puede participar ya, en cualquier proporción (hasta el 100%), en el capital social de sociedades mexicanas; sea en el acto de su constitución; sea posteriormente; adquirir activos fijos;

Inversión Extranjera

ingresar a nuevos campos de actividad económica; fabricar nuevas líneas de productos; abrir y operar establecimientos; y ampliar o relocalizar las ya existentes, salvo los casos que la propia ley limita.

A diferencia del Artículo 5 del Reglamento, que se entiende ya derogado, y que establecía una libertad de inversión condicionada, la nueva ley como hemos dicho abdica de todos los requisitos de desempeño y la permite en forma incondicional.

¿Cuáles son los límites que la ley establece?

En el Artículo 50. reserva al Estado las funciones que determinan las leyes en algunas áreas estratégicas, habiéndose a la fecha ya abierto la posibilidad de inversión extranjera en algunas de ellas.

En el Artículo 60. reserva algunas actividades económicas y sociedades, a mexicanos y a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, prohibiendo la participación extranjera, bajo cualquier esquema, salvo que se trate de inversión neutra.

En el Artículo 70. fija límites máximos del 10%, 25%, 30% (elevado ya al 49%, en el sector financiero), y 49%, para la inversión extranjera, en una serie de actividades económicas y sociedades; y el siguiente numeral establece el tope del 49% para otras actividades económicas y sociedades, pero con la posibilidad de rebasarlo mediante resolución favorable de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras.

En tratándose de empresas mexicanas ya constituidas, la participación de la inversión extranjera también es libre e incondicional hasta el 100%, lo cual implica la libre extranjerización de empresas mexicanas si no realizan, claro está, actividades reguladas, salvo que el valor total de activos de las sociedades de que se trate, rebasen el monto que anualmente determine la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (85 millones de pesos, según el Artículo 10 transitorio), pues en ese caso se requiere resolución favorable de esa Comisión. Es evidente que esta limitación en cuanto a la cifra de los activos, se da sólo en empresas en que siendo inicialmente mayoritaria en ellas la inversión mexicana, la extranjera pretenda después participar en una proporción mayor al 49%, o sea rebasar el 49% del capital social; pues si en la sociedad, desde su constitución, la inversión extranjera participara ya mayoritaria o totalitariamente, este supuesto no se daría en posteriores

Inversión Extranjera

participaciones de la inversión extranjera, cualquiera que fuera el valor de los activos.

Por lo que se refiere a la adquisición de bienes inmuebles, la ley en una forma más clara que el Reglamento, establece reglas generales que podríamos enunciar como sigue:

1o. Las Sociedades Mexicanas, sea que incluyan en sus estatutos la cláusula de exclusión de extranjeros o la cláusula de admisión de extranjeros, como mexicanos que son, con fundamento en lo dispuesto por el Artículo 27 Constitucional fracción I pueden adquirir bienes inmuebles en todo el territorio nacional (exceptuando la zona restringida). No requieren pues, permiso alguno.

2o. Para aquéllos inmuebles que están ubicados en zona restringida se contemplan varios supuestos:

a) Las sociedades mexicanas, con cláusula de exclusión de extranjeros, (se trata de sociedades que no admiten directa o indirectamente como socios o accionistas, a inversionistas extranjeros, ni a sociedades con cláusula de admisión de extranjeros), pueden adquirir libremente el dominio de bienes inmuebles aún en esta zona restringida, sin necesidad de permisos;

b) Las sociedades mexicanas con cláusula de admisión de extranjeros, pueden adquirir en la zona restringida el dominio de bienes inmuebles, destinados a actividades no residenciales, debiendo registrar simplemente dicha adquisición ante la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Respecto a este punto, la Secretaría de Relaciones Exteriores cambiando su criterio inicial, en oficio 12147 del 27 de noviembre de 1995 contestó la consulta formulada por el Consejo del Colegio de Notarios del Distrito Federal, y precisó de que en virtud de que la ley no contempla el momento en que debe efectuarse dicho registro, dicha Secretaría ha adoptado el criterio de otorgar el registro aludido independientemente del momento en que éste se solicite, y hasta en tanto sea subsanada la omisión de la ley, el registro puede hacerse antes o después de formalizarse la adquisición sin incurrir en multas o sanciones. Si el registro se obtiene con anterioridad, el Notario deberá transcribir en dicho instrumento el texto del registro o agregarlo al apéndice y dar aviso a esta Secretaría del "uso" del referido registro.

Inversión Extranjera

c) e) Las sociedades mexicanas con cláusula de admisión de extranjeros, e pueden adquirir derechos para utilizar y aprovechar inmuebles en lae zona restringida, para fines residenciales, sin constituir derechos realese sobre ellos, (nunca el dominio), sólo a través de fideicomiso, previoe permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores.e

Estas sociedades no pueden adquirir el dominio directo de inmuebles en zona restringida destinada a fines residenciales.

Características del fideicomiso residencial:

1o.- Se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para que una institución de crédito adquiera como fiduciaria derechos sobre bienes inmuebles que sean destinados a fines residenciales dentro de la zona restringida;

2o. El objeto del fideicomiso debe ser el permitir la utilización y aprovechamiento de tales bienes, sin constituir derechos reales sobre ellos. Se comprenden los derechos al uso o goce de las mismos, incluyendo la obtención de frutos, productos y en general cualquier rendimiento que resulte de la operación y explotación lucrativa, ya sea a través de terceros o de la fiduciaria;

3o.- Que los fideicomisarios sean sociedades mexicanas, con cláusula de admisión de extranjeros y personas físicas o morales extranjeras.

4o.- La duración del fideicomiso será máximo 50 años, prorrogables.

5o.- La Secretaría de Relaciones Exteriores mantiene facultades de verificación, en cualquier tiempo, del cumplimiento de las condiciones bajo las cuales se otorgan esos permisos. (De las inscripciones también).

6o.- La facultad discrecional de la Secretaría de Relaciones Exteriores para otorgarlos, es limitada, considerando tan sólo el beneficio económico y social que impliquen para la Nación, pues si se cumplen los anteriores requisitos debe otorgarlos.

7o.- Hay un plazo de 30 días hábiles para otorgar el permiso y de 15 para el registro. En caso contrario, se considerará otorgado el permiso o el registro (afirmativa ficta).

Además de lo anterior, podemos concluir que existen otras dos reglas generales, en relación ya no con sociedades mexicanas, sino con extranjeros, personas físicas o morales:

1.- Fuera de la zona restringida las personas físicas y las morales extranjeras podrán adquirir el dominio de bienes inmuebles, celebrando el Convenio Calvo que se refiere la fracción 1a. del Artículo 27 Constitucional, obteniendo permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores (conviniendo en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar la protección de sus gobiernos bajo la pena de perderlos en beneficio de la Nación).

Para personas físicas extranjeras, no se requiere permiso de la Secretaría de Gobernación y cualquier calidad migratoria es suficiente, excepto la de transmigrante.

Con el mismo requisito, de obtener permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, puede adquirir cualquier persona física extranjera que se encuentre fuera del país y cualquier persona moral extranjera, pues para éstas se abandona la prohibición contenida en la Ley abrogada, y en la Ley de Nacionalidad y Naturalización, ya también abrogada.

2.- Los fideicomisos, sobre bienes inmuebles fuera de la zona restringida pueden constituirse libremente, sin importar la nacionalidad de los fideicomisarios, si se acepta que los derechos de los mismos nunca constituyen derechos reales sobre inmuebles.

Relacionados con el tema que analizamos, la Secretaría de Relaciones Exteriores ha establecido los siguientes criterios (en la misma respuesta a la consulta formulada):

a)eUn extranjero casado bajo el régimen de sociedad conyugal con unae nacional, que compre un inmueble en territorio nacional, no adquieree por ese sólo hecho la propiedad del mismo, si no obtiene el permisoe respectivo de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Prevalece la normae constitucional a la ordinaria.e

b)eLa Secretaría de Relaciones Exteriores no autoriza por ningún motivo,e que extranjeros adquieran el dominio directo de inmuebles ubicados en la zona restringida de territorio nacional. En el caso de herencia, deberéa operar la sustitución del heredero (Artículo 1472 del Código Civil dele Distrito Federal) en favor de persona legalmente capaz de adquirir; ye agregaríamos nosotros que si no se ha nombrado sustituto, en favor dee los herederos legítimos (Artículo 1599 fracción IV del Código Civil dele Distrito Federal). Lo anterior, sin perjuicio para el extranjero herederoe de optar por la solución del fideicomiso.e

Inversión Extranjera

c)ePor lo que respecta a una sucesión, ya sea testamentaria o legítima,e en cuya masa hereditaria se incluyan inmuebles en territorio nacional ye existan herederos extranjeros cuya intención sea enajenar el inmueblee tan pronto se efectúe el inventario de los bienes de la sucesión,e entendiendo que de tal forma no ingresará a su patrimonio en virtud dee no efectuarse el acto ~~de~~ adjudicación, no requiere permiso por parte dee la Secretaría de Relaciones Exteriores.e

d)eUn menor de edad nacido en territorio nacional, independientementee de la nacionalidad de sus padres, así como el nacido en el extranjero, dee padre o madre mexicana es mexicano por nacimiento (Artículo 30e fracción A de la Constitución), independientemente que al llegar a lae mayoría de edad opte por otra nacionalidad distinta a la mexicana; ene tal virtud puede adquirir bienes inmuebles en territorio nacional, sine requerir permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Sie posteriormente perdiera la nacionalidad mexicana, la pérdida, sóloe afectará a su persona y no a su patrimonio.e

Por lo que se refiere a la constitución de sociedades se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores. La Sociedad debe optar al constituirse, por incluir la cláusula de exclusión o el convenio previsto en la fracción I del Artículo 27 Constitucional, aquí se debe utilizar el texto mencionado en el Artículo 2o. fracción VII de la Ley de Inversión Extranjera, para la cláusula de exclusión; y para el caso de admisión, la cláusula contenida en el Artículo 31 del Reglamento.

Una vez constituida la empresa, sólo se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores en dos casos, cuando cambie su denominación o~~razón~~ social, o cuando sustituya la cláusula de exclusión de extranjeroe por la de admisión de extranjeros.e

En cuanto a la reserva por la Secretaría de Relaciones Exteriores de la denominación o razón social por seis meses contados a partir de la fecha de expedición del permiso (Artículo 32, fracción II del Reglamento); validez de los permisos, 90 días hábiles siguientes a la fecha de su expedición (Artículo 32 fracción II del Reglamento) y obligaciones del Notario de dar aviso de la celebración del Convenio Calvo, 90 días naturales a partir de la fecha de autorización (Artículo 31 del Reglamento); del uso de los permisos para la constitución, 90 días hábiles siguientes a la fecha de autorización de la escritura (Artículo 32 del Reglamento), continúan en vigor las disposiciones de los referidos numerales del Reglamento.

Por lo que se refiere al nombramiento de miembros de nacionalidad extranjera en los órganos de administración de las Sociedades, no requiere de autorización (Artículo 35 del Reglamento) y no existe ya en la ley aquella limitación consagrada en la anterior y que establecía que la participación de la inversión extranjera en la administración de las empresas no podía en ningún caso exceder a su participación en el capital, por lo que ahora, dicha participación en la administración puede ser mayoritaria o totalitaria, inclusive en sociedades que no tengan participación de la inversión extranjera en su capital. El nombramiento puede en consecuencia, formalizarse previniendo simplemente que el desempeño de la actividad de que se trate, estará sujeta a la autorización que a su juicio expida la Secretaría de Gobernación (Artículo 127 del Reglamento de la Ley General de Población).

Entratándose de la inversión neutra, la Ley la define como aquella que se realiza en sociedades mexicanas o en fideicomisos autorizados por la misma y que no se computa para determinar el porcentaje de inversión extranjera en el capital social de sociedades mexicanas.

a) e Así, se considera neutra la inversión, en acciones sin derecho a voto o con derechos corporativos limitados. Requisito: la autorización previa de SECOFI y en su caso de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Se refiere evidentemente al caso previsto en el Artículo 14 BIS fracción III de la Ley del Mercado de Valores para sociedades públicas o abiertas.

b) e Tratándose de fideicomisos: las fiduciarias previa autorización de SECOFI pueden expedir instrumentos de inversión neutra que únicamente otorgan a sus tenedores respecto de sociedades, derechos pecuniarios y en su caso derechos corporativos limitados, pero sin derecho a voto en Asambleas Generales Ordinarias. (Procedimiento parecido al regulado por el Artículo 13 del Reglamento.)

c) e También las Fiduciarias previa autorización de SECOFI y previa opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, pueden emitir Certificados de Participación Ordinarios cuando el patrimonio fideicomitido esté constituido por acciones representativas de la Serie "B" del capital social de sociedades controladoras de grupos financieros, de instituciones de banca múltiple o acciones representativas de la Serie "A" del capital social de Casas de Bolsa.

Inversión Extranjera

Por último la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras puede resolver sobre la inversión neutra que pretendan realizar sociedades financieras internacionales para el desarrollo, en el capital social de sociedades; los términos y condiciones para ello se establecerán en el Reglamento de la Ley. Las sociedades financieras internacionales para el desarrollo, son aquellas personas morales extranjeras cuyo objeto primordial consiste en fomentar el desarrollo económico y social de los países en proceso de desarrollo, mediante la aportación de capital de riesgo temporal (Artículo 8 del Reglamento); el otorgamiento de financiamientos preferenciales y apoyo técnico de diverso tipo.

En México están reconocidas desde hace años, algunas de ellas, como el Fondo de Cooperación Económica Internacional de Japón, la Sociedad Alemana de Cooperación Económica, la Corporación Interamericana de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo, la Corporación Financiera Holandesa, y algunas otras de Finlandia, Suecia y Dinamarca.

El Reglamento, condiciona la inversión extranjera que realizan estas sociedades, a que se comprometan a enajenar las acciones que adquieran en un plazo no mayor de 20 años y se abstengan de supeditar la adquisición de acciones a la celebración de convenios o cláusulas restrictivas de cualquier naturaleza.

En cuanto al Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, deben inscribirse:

- 1.- Las sociedades mexicanas, en las que participe la inversión extranjera.
- 2.- Las personas morales o físicas extranjeras que realicen habitualmente actos de comercio en la República Mexicana y sucursales de inversionistas extranjeros establecidas en el país; y
- 3.- Los fideicomisos de acciones o partes sociales de bienes inmuebles y de inversión neutra, que deriven derechos en favor de la inversión extranjera.

Los obligados a inscribirse cuentan con un plazo de 40 días hábiles para hacerlo.

Los fedatarios, en todo acto jurídico en que intervengan las personas obligadas a inscribirse, deben exigir a dichas personas o a sus representantes que les acrediten su inscripción ante el citado Registro o la solicitud correspondiente; de no acreditarlo, pueden autorizar el

instrumento, pero deben informarlo al Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha de la autorización.

La sanción para actos, convenios o pactos sociales o estatutarios que contravengan la ley, consiste en que puede la SECOFI, revocar las autorizaciones otorgadas o declararlas nulas, independientemente de la aplicación de multas. Si el Notario no relaciona, inserta o agrega al apéndice los oficios en que consten las autorizaciones, se hará acreedor a las sanciones que determina la Ley del Notariado.

En los Artículos Sexto, Séptimo, Octavo y Noveno Transitorios, se establece un calendario para la apertura gradual, para la inversión extranjera en materia de transporte terrestre internacional, actividades de fabricación y ensamble de partes, equipo y accesorios automotrices, actividades de presentación de los servicios de videotexto y conmutación en paquete, y actividades de edificación, construcción e instalación de obras.

En el año de 1995, el marco legislativo, en relación con la inversión extranjera, sufrió adecuaciones y reformas, así, por ejemplo:

a).- En el Diario Oficial de la Federación de 15 de febrero de 1995, se publicaron reformas a la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, a la Ley de Instituciones de Crédito y a la Ley del Mercado de Valores, elevando la posibilidad de la inversión extranjera en las instituciones reguladas hasta el 49% del capital ordinario, en acciones Serie "B" de libre suscripción; en acciones Serie "L" puede representar hasta el 40% del capital adicional, previa autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

b).- En el Diario Oficial de la Federación de 11 de mayo de 1995, se reformó la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo. El transporte, almacenamiento y distribución de gas se puede llevar a cabo por el sector social y el privado.

c).- En el Diario Oficial de la Federación de 12 de mayo de 1995, se publicó la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario, permitiendo la participación extranjera en las empresas concesionarias que presten servicios ferroviarios hasta en un 49%; y hasta en un 100% en la

Inversión Extranjera

operación ferroviaria, previa resolución favorable de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras.

En el mismo Diario Oficial, de 12 de mayo de 1995 se publicó la Ley de Aviación Civil, permitiéndose la participación de inversión extranjera hasta en un 100%, en la prestación de servicios aéreos especializados, tales como los utilizados en fumigación agrícola o turismo.

d).- En el Diario Oficial de 7 de junio de 1995 se publicó la Ley Federal de Telecomunicaciones, que permitió en el sector de comunicación vía satélite la participación de inversión extranjera hasta el 49%, excepto en telefonía celular, que puede ser hasta el 100%, previa autorización de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras.

e).- En el Diario Oficial de 19 de noviembre de 1995, hay reformas importantes a leyes del sector financiero, como son la Ley de Instituciones de Crédito, Ley del Mercado de Valores, Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, Ley General de Instituciones de Seguros y Sociedades Mutualistas de Seguros, y Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que se refiere al capital social de filiales de instituciones financieras del exterior.

f).- En el Diario Oficial de 22 de diciembre de 1995, se publicó la Ley de Aeropuertos, que permite la participación de la inversión extranjera hasta el 49% en sociedades concesionarias o permisionarias de aeródromos de servicio al público, pudiendo, mediante resolución favorable de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, autorizarse mayor porcentaje.

El Notariado Mexicano, ha estado presente en esta materia de la inversión extranjera durante todas las etapas analizadas, aplicando cuidadosamente este complejo marco jurídico, cumpliendo esa importante función que la sociedad le ha confiado, y que es la de proporcionar seguridad jurídica a toda persona que acude a solicitar sus servicios, sean nacionales o extranjeros, destacándose en México, una de las principales características del notario latino, más importante quizás, que la muy importante de ser depositario de la fe pública, y que es la de ser el consejero y asesor jurídico de las partes, de desempeñar esa labor de tercero, verdaderamente imparcial, buscado en todas las épocas y por todos los pueblos, como una necesidad social de que sea una persona

Inversión Extranjera

profesionalmente idónea en el área jurídica, la que asesore a las partes, redacte el documento, lo dote de una especial eficacia, al mismo tiempo que cuide que se apegue estrictamente a la ley.

Ante los cambios que en nuestra época se han impuesto, el Notariado asume con un gran sentido de responsabilidad el rol que le corresponde desempeñar en la sociedad y ve en la apertura a la competencia profesional, que se ha dado, una extraordinaria oportunidad de responder a su comunidad con una profunda y permanente capacitación para servirle siempre con una mayor eficacia.

México, D.F., mayo de 1996.