

LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA

Rafael PÉREZ MIRANDA

SUMARIO: I. Estructura económico-jurídica. Aspectos conceptuales: 1. Especificidad del tema. 2. Reorientación actual de la política en I.E.D. y factores que la determinan. 3. Comportamiento de la inversión extranjera en México. 4. Aspectos conceptuales. II. Régimen jurídico de la inversión extranjera en México. 5. Objetivos de la legislación sobre inversiones extranjeras. 6. La inversión extranjera directa frente a la Constitución. 7. Tipos de inversión. 8. Límites a la inversión extranjera.

I. ESTRUCTURA ECONÓMICO-JURÍDICA. ASPECTOS CONCEPTUALES

1. ESPECIFICIDAD DEL TEMA

1.1. *Los límites constitucionales a la libre movilidad del capital.* La posibilidad de poder invertir libremente en cualquier actividad y lugar es parte del principio económico liberal denominado "*libre movilidad de los factores*", enunciado como requisito del buen funcionamiento del mercado capitalista,¹ planteado en principio por los fisiócratas franceses en relación a la producción agrícola y receptado por el liberalismo inglés para todo el sistema económico. Mientras más amplia sea esta libertad mayor será la posibilidad de autoplanificación del mercado y la autocorrección de los defectos inherentes al mismo. Milton y Rose Friedman afirman, por ejemplo, que una de las formas más eficaces de corregir los efectos nocivos del mercado monopolístico (u oligopólico) es la apertura de las fronteras nacionales a mercancías e inversionistas extranjeros,² argumentación recogida muchas veces por las políticas

¹ Ver PÉREZ MIRANDA, Rafael, *Derecho y relaciones de producción*, Ed. Plaza y Valdés, México, 1988, cap. I.

² "La existencia de sólo tres fabricantes importantes de automóviles en los Estados Unidos... constituye una amenaza de precios monopolísticos. Pero déjese a los fabricantes de automóviles del mundo competir con General Motors, Ford y Chrysler para hacerse con la clientela norteamericana, y el espectro de los precios monopolísticos se esfumará". FRIEDMAN, Milton y Rose: *Libertad de elegir*, Ed. Orbis, Barcelona, 1983, p. 83.

económicas de los países en desarrollo.³ Las limitaciones al mismo se vinculan generalmente a aspectos sustantivos del Estado; en el caso de México tienen fundamento constitucional y la primera exclusión se refiere a todos los particulares, por oposición al Estado.⁴ Corresponde a éste el monopolio absoluto de las áreas denominadas estratégicas, de cuya producción o comercialización se encargará directamente o a través de organismos de los que sea propietario y tenga el control;⁵ disposiciones que si bien se insertan en el núcleo de aquellas orientadas a otorgar al Estado la rectoría económica (del desarrollo nacional prefiere decir la Constitución), conciben con criterios tradicionales de soberanía política —en la idea de que los ámbitos económico y político se encuentran estrechamente relacionados en el concepto constitucional moderno de soberanía.⁶

El artículo 28 de la Constitución enumera por una parte actividades que denomina *estratégicas*: "acuñación de moneda; correos, telégrafos, radiotelegrafía y la comunicación vía satélite; emisión de billetes por medio de un solo banco, organismo descentralizado del Gobierno Federal; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad; ferrocarriles; y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión". La enumeración cumple dos funciones: por una parte se trata de excepciones a la prohibición de monopolios, por otra obliga al sector público a explotarlas en exclusividad, directamente o a través de organismos (descentralizados o

³ "La mayor competencia que propicia la apertura del mercado nacional evita que las empresas extranjeras puedan gozar de utilidades extraordinarias, provenientes de mercados protegidos y a costa del consumidor". *Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994, Secretario de Programación y Presupuesto, Poder Ejecutivo Federal, México, 1989, p. 88.*

⁴ No considero válida la interpretación de Diego Valadés en el sentido de que "el hecho de ser el Estado no limita la participación de los particulares. De otra manera se llegaría a la aberrante conclusión de que el Estado se reduce al aparato administrativo de un país... Sólo las doctrinas políticas del totalitarismo excluyen del concepto de Estado a la población". Considero, en efecto, que la utilización de la palabra Estado se debe interpretar según el contexto (muchas veces el constituyente y el legislador la utilizan como sinónimo de gobierno, o de Poder Ejecutivo), pero en este caso aun el concepto estricto implica al Estado como conjunto, excluyendo a los habitantes en tanto particulares. La idea expuesta implicaría negar la personería de las personas morales (públicas o privadas) en tanto diferentes de la personalidad jurídica de las personas físicas que la integran.

⁵ Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, arts. 25 y 28.

⁶ Cfr. MASNATTA, Héctor, "El Derecho Constitucional Económico en la Reforma de la Constitución", en *Rev. del Derecho Industrial*, año 10, enero-abril de 1988, núm. 28, Buenos Aires, 1988.

empresas) en los cuales el Gobierno Federal detente la propiedad y el control. La ley excluye de estas actividades no sólo a los particulares, sino además a las entidades federativas y a los municipios; en el caso de empresas gubernamentales éstas no podrán emitir acciones susceptibles de ser adquiridas por particulares, ni siquiera acciones neutras. En efecto, al aclarar que no será suficiente con el control, sino que además debe ser propietario, se entiende propiedad total y exclusiva.

Esta interpretación es ratificada *a contrario sensu* por el párrafo siguiente referido al servicio público de banca y crédito, considerado también como excepción en favor del Estado respecto a la prohibición de los monopolios, prácticas monopólicas y estancos. Sin embargo establece una restricción diferente: el Estado, exclusivamente, debe prestar este servicio a través de instituciones y no puede concesionarlo a particulares, no lo califica como "área estratégica" y no exige en consecuencia que el Gobierno Federal tenga la "propiedad y el control" de dichas instituciones. Para que se considere que el Estado presta el servicio deberá, sin duda, tener el control de las mismas, pero podrá organizar la participación de los particulares en la "propiedad" mediante la adquisición de cuotas de acciones que impidan el control, o de acciones neutras. Esta interpretación surge principalmente de la no inclusión del servicio de banca y crédito como área estratégica, únicas en las cuales exige "propiedad y control" (artículo 25 de la Constitución). Por el contrario, una segunda categoría genérica que enuncia en el mismo artículo pero que no define es la de "áreas prioritarias", donde contempla otras formas de participación gubernamental sin exigencias tan estrictas.

1.2. *Restricciones a la libre movilidad de capitales en la legislación sobre inversiones extranjeras.* La Ley Para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera⁷ es el antecedente directo de las denominadas en la Constitución *áreas estratégicas* y, varios años antes de su inclusión en ésta, había reservado las mismas al Estado: "a) Petróleo y los demás hidrocarburos, b) Petroquímica Básica, c) Explotación de minerales radioactivos y generación de energía nuclear, d) Minería en los casos a que se refiere la ley de la materia, e) Electricidad, f) Ferrocarriles, g) Comunicaciones telegráficas y radiotelegráficas, y h) Las demás que fijen las leyes específicas (artículo 4 primera parte de la L.P.P.I.M. y R.I.E.)" —no así el servicio público

⁷ Ley Para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, publicada en el *D.O. de la Federación (México)*, el 9/III/1973.

de banca y crédito—. Paradójicamente, esta ley ha pasado a ser ley orgánica del artículo 28 constitucional, al que precede cronológicamente.

Agrega el mismo artículo, además, una serie de actividades en las cuales sólo podrán invertir personas físicas o morales mexicanas; en el caso de las personas colectivas, deberán tener en sus estatutos una cláusula de exclusión de extranjeros. En la aplicación práctica, se trata de personas en las cuales los nacionales mexicanos deben tener no sólo el control, sino también la propiedad en un 100%. La enumeración de la ley responde a criterios tradicionales de soberanía política en una concepción nacionalista de la misma inherente en gran medida a los países en desarrollo. Estas actividades son: radio y televisión; transporte automotor urbano, interurbano y en carreteras federales; transportes aéreos y marítimos nacionales; explotación forestal; distribución de gas. Estas disposiciones, además de las enunciadas en el punto anterior, no deberían figurar en la ley de inversiones extranjeras, sino en la legislación administrativa general. La exclusión de los particulares en el primer caso (artículo 4 primera parte de la ley) y la exclusión de los extranjeros (artículo 4 segunda parte de la ley) no se orienta a promover la inversión mexicana, no son áreas de actividad seleccionadas con criterio económico o tecnológico. Tan es así que la ley, al identificar la inversión de extranjeros residentes con calidad de inmigrados a la inversión mexicana, excluye a las áreas geográficas o actividades reservadas en exclusividad a mexicanos o sociedades con cláusula de exclusión de extranjeros (artículo 6).

2. REORIENTACIÓN ACTUAL DE LA POLÍTICA EN I.E.D. Y FACTORES QUE LA DETERMINAN

2.1. *Situación actual.* Las políticas sobre inversión extranjera han cambiado sustancialmente en la década de los ochenta, manifiestamente a partir de la segunda mitad, sin que se hubieran publicitado argumentos serios que lo justifiquen. De una errática política de control sin objetivos demasiado claros se ha pasado a una exagerada desregulación no sólo en la I.E.D., sino también en patentes, marcas, secreto industrial y transferencia de tecnología.⁸ Las investigaciones realizadas en los últimos veinte años por organismos internacionales, investigadores latinoamericanos y de países desarrollados, y por los mismos órganos gubernamentales nacionales o regionales, indican que las empresas

⁸ Ver PÉREZ MIRANDA Rafael, *Derecho y relaciones de producción*, Ed. Plaza y Valdés, México, 1988.

transnacionales no han variado su comportamiento generalmente nocivo para las economías huéspedes. Su participación en la denominada delincuencia económica es muy elevada, así como la colusión con la delincuencia gubernamental (sobornos a funcionarios, participación ilegal en procesos electorales, etcétera). Su tendencia a recuperar y repatriar el capital invertido en muy breves plazos a través de diversos conductos (regalías, intereses, dividendos, falseamiento de facturas) se mantiene igual, provocando graves dificultades en las balanzas de cuenta corriente de los países receptores de la inversión. Por último, el estancamiento de las economías latinoamericanas y el crecimiento de las principales corporaciones industriales internacionales generan un mayor peso relativo de las principales transnacionales en relación a las economías nacionales. La facturación de General Motors —incluyendo todas sus filiales— supera el producto interno bruto de todas las economías nacionales de América Latina considerando cada país por separado, con las únicas exclusiones de México y Brasil.⁹ De las cinco principales transnacionales del mundo, según la fuente citada, tres tienen filiales en México (las otras dos se dedican a refinamiento de petróleo, actividad monopolizada por el Estado en nuestro país). El único banco extranjero con filial en México (Citibank), registró depósitos por encima de las ventas de la transnacional industrial citada. La suma de los capitales de los cincuenta bancos más importantes del mundo superan la suma del producto nacional de Estados Unidos, Gran Bretaña, Brasil, Francia y Alemania Occidental.¹⁰

El estancamiento económico, el fracaso de los planes de desarrollo, la necesidad de afrontar una situación difícil tanto en lo económico como en lo financiero, son los únicos argumentos que se esgrimen sin explicar con claridad cómo puede apoyar esos planes la desregulación. Ahondando un poco en el panorama de estos últimos años, podemos esquematizar —con todas las relativizaciones que se deben hacer en las generalizaciones— las fuentes de la política actual en este tema.¹¹

⁹ *Revista Fortune*, julio 31/1989, p. 36. Registra como ventas totales de General Motors, incluyendo las realizadas por las subsidiarias de Canadá, Brasil, Alemania Federal, Gran Bretaña, España, Bélgica y México en 121,085.4 millones de dólares, frente a un P.I.B. estimado para el mismo año de Argentina de menos de 100 000 millones de dólares.

¹⁰ *Idem* nota anterior.

¹¹ Sobre las tendencias en esta temática, además de la bibliografía citada sobre el tema ver: WHITE, Eduardo: "Las inversiones extranjeras y la crisis económica en América Latina", en *Revista Comercio Exterior*, vol. 36, núm. 10, México, 1986. CORREA, Carlos, "Innovación, comercio y apropiación de la renta tecnológica", en *Rev. Realidad Económica*, núm. 85, Buenos Aires, 1988, pp. 46 y ss.

2.2. *La denominada crisis del estado de bienestar.* Que si bien tiene su manifestación más impactante en las privatizaciones de empresas estatales, se traduce también en un retorno a políticas liberales en comercio interior y exterior. A diferencia del debate —violento muchas veces— que se verificó en los inicios del denominado intervencionismo estatal cuando el mismo fue asumido como política oficial (a partir de la Constitución de Weimar, del New Deal y en nuestro país de la Constitución de 1917), este retorno no es objeto de confrontaciones serias y se impone con afirmaciones aparentemente irrefutables, solo contestadas en ciertos casos con viejos axiomas de discutible vigencia.

2.3. *El estancamiento en la producción.* En América Latina se verifica simultáneamente a un periodo de crecimiento constante de las economías de los países industrializados. Los datos relativos (porcentuales de crecimiento de ambas) se deben ponderar con la traducción en magnitudes reales. Los países subdesarrollados y aun los llamados países en desarrollo, tienen una incidencia cada vez menor en el diseño de las políticas de los desarrollados. Su presencia destaca en cierta medida por cuestiones de estrategia político-militar o por el abastecimiento de materias primas aún necesarias. Los países de América Latina (y el Caribe) recibían en 1981 el 18% de las exportaciones de EE.UU. y el 6.5% de las realizadas por Japón, y en 1987 las mismas se habían reducido al 14% y 3.5% respectivamente; su participación en las exportaciones de la Comunidad Económica Europea pasaron en igual periodo del 3.4% al 2.1%. Un comportamiento similar se puede verificar en el comportamiento de las importaciones de los países desarrollados provenientes de América Latina y el Caribe.¹²

2.4. *La preponderancia del endeudamiento externo (o inversión extranjera indirecta) respecto a la I.E.D.* Transformándose el primero en el eje central de la política económica de los ochenta, y un verdadero freno para el crecimiento de los países del tercer mundo y en especial de América Latina. En el periodo 1973/1983 la inversión extranjera directa hacia los países en desarrollo (no petroleros) creció a una tasa anual del 11.6% y el endeudamiento externo al 18.1%.¹³ Considerando los siete países más endeudados (Argentina, Brasil, In-

¹² Fuente: F.M.I. Directional Trade Yearbook 1988. Tomado de la *Revista Integración Latinoamericana*, núm. 144, Buenos Aires, abril de 1989.

En el mismo número de la revista ver: MONETA, Juan Carlos, "Relaciones comerciales y financieras de América Latina con Japón y Estados Unidos: el papel del comercio, la asistencia y los flujos financieros", p. 11.

¹³ International Monetary Fund, *Foreign Private Investment in Developing Countries*, Occasional Papers, núm. 33, Washington, 1985.

donesia, Corea, México, Filipinas y Venezuela) vemos que en el mismo periodo el déficit de cuenta corriente pasó de 2 600 millones de dólares a 11 000 millones; para su financiamiento se recurrió en 1973 a 1 900 millones de dólares de inversión extranjera directa, 1 700 millones de créditos de largo plazo oficiales y 4 400 millones de dólares de créditos de organismos privados. En 1983 la IED fue 2 600 millones de dólares (creció un 37%), los créditos oficiales de largo plazo fueron 7 100 millones de dólares (un incremento del 317%) y los correspondientes a organismos privados 9 400 millones de dólares (incremento del 114%). En este periodo de 10 años que fueron fundamentales en el comportamiento del endeudamiento financiero externo, se puede ver su incremento más que proporcional respecto a la I.E.D., así como la mayor participación de las fuentes oficiales respecto a las privadas. La magnitud del servicio de la deuda financiera externa ha motivado que pese a las negociaciones, las diferencias de peso relativo endeudamiento/I.E.D., sean en nuestros días aún mayores.¹⁴

3. COMPORTAMIENTO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN MÉXICO

3.1 *Presentación.* La inversión extranjera directa se mantuvo más o menos estable pese a su normación legal a partir de 1973. En la medida en que la ley no se aplicó retroactivamente, permitiendo que las empresas constituidas con más de 50% de capital extranjero se mantuvieran sin modificación, e inclusive ampliaran sus inversiones con la misma proporción que tenían. Tampoco afectaba la posición dominante de las mismas en las ramas más dinámicas de la producción; por ello, gran parte de la nueva inversión se origina en reinversión de ganancia extraordinaria más que en flujos netos del exterior —según se expusiera *ut supra*—, los que en los últimos años han sido sin embargo significativos.¹⁵ La posibilidad de realizar un estudio estadístico del comportamiento de la I.E.D., a partir de la sanción de la ley en análisis se limita a la *nueva inversión* de las *nuevas empresas*, lo que relativiza en demasía las conclusiones.

3.2 *La inversión extranjera directa a partir de 1973.* Si bien el comportamiento de la nueva inversión extranjera es relativamente errática, sostiene acumulada una tasa de crecimiento promedio hasta 1978

¹⁴ *Ibidem* ant.

¹⁵ En el año 1981 las remesas al exterior de la inversión extranjera directa —36 645.8 millones de pesos—, fue 1.27 veces más que la IED neta (27 997.4), en el año 1987 y parte de 1988 gran parte de lo que se registra como flujos netos se debe a los swap, o capitalización de parte de la deuda externa.

similar a la de 1973 (7%), incrementándose a partir de esta fecha (13% en 1979, 20% en 1981).¹⁶

En relación con el volumen total de nueva inversión, la participación de la extranjera tiende a decrecer en algunos años, pero en el mediano plazo se mantiene estable y crece. En efecto, en el año en que se dicta la Ley representaba el 2.8% de la nueva inversión total (7.2% de la inversión pública y 4.7% de la inversión privada —en la que se incluye). En 1981 participa en 3.1% de la inversión total (7.2% de la inversión pública y 5.6% de la inversión privada).¹⁷

La nueva inversión asociada a la nacional ha motivado una reducción de las empresas en que el capital extranjero controlaba más del 49.1%; estas representaban en 1979 el 54.6% del total de empresas con capital extranjero, y en 1981 el 46.2%. En la industria de transformación y en igual periodo, la tasa varió de 56.2% a 48.4%.

Por otra parte, la inversión extranjera directa ha sido más dinámica que la nacional en las áreas en que compite con la misma, producto fundamentalmente de su posición dominante en un mercado sin normas antimonopólicas eficaces. Tres cuartas partes de la inversión extranjera directa se han orientado en el periodo de posguerra al sector de industria de la transformación —75.1% en 1975, 74.8% en 1981¹⁸—. Debido en gran medida a esta tendencia, la participación del capital extranjero en las empresas del sector industrial manufacturero, sector que representó en 1975 23.4% del Producto Interno Bruto es del 30%.¹⁹

Una de las ramas más importantes, la industria automotriz, es controlada por empresas transnacionales con 100% de capital extranjero. En la industria de autopartes, el capital extranjero participa con 40% del total correspondiente a las empresas del sector, pero participa en el 55% de las ventas.²⁰

3.3 *Situaciones conflictivas generadas por las empresas transnacionales.* Un porcentaje muy elevado de las inversiones extranjeras directas se origina en empresas transnacionales que invierten en nuevas

¹⁶ Anuario Estadístico de la Dirección General de Inversiones Extranjeras, México, 1981.

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ Anuario Estadístico de la Dirección General de Inversiones Extranjeras 1981.

¹⁹ NAFINSA, "La Industria de Autopartes en México", *Mercado de Valores* núm. 17, México, 17 abril de 1983.

²⁰ Douglas BENNETT y Kenneth SHARPE, *La Industria Automotriz Mexicana y la política económica de promoción de exportaciones. Algunos problemas del control estatal de las empresas transnacionales. Industrialización e Internacionalización en la América Latina* (selección de Fernando Fajnzylber), México, FCE, 1981. T. I.

empresas en el país, reinvierten utilidades, amplían inversiones o realizan préstamos de corto y mediano plazo a las filiales. El funcionamiento de estas empresas y sus interrelaciones suelen generar situaciones político-económicas conflictivas, tanto en el país en que se radica la matriz como en los países huéspedes —si bien no siempre se puede precisar con claridad un país sede de la matriz—, conflictos que por lo novedoso de la situación suelen no estar contemplados satisfactoriamente por el derecho. Por las características de este trabajo, destacaremos brevemente algunas de estas situaciones haciendo referencia especialmente a la problemática que se presenta en los países huéspedes de las filiales, que corresponde mayoritariamente a la situación de los países latinoamericanos; más adelante se tratarán muchos de ellos con mayor amplitud.

3.3.1. El enorme poder de las empresas transnacionales, destacado *ut supra*, les otorga a estas empresas una capacidad de negociación superior a las empresas locales y en ciertas oportunidades de presión efectiva a los poderes políticos de los países huéspedes.

3.3.2. La capacidad financiera aludida les permite también producción a escala en áreas estratégicas y en especial lograr una posición dominante en el mercado. En la mayoría de los países latinoamericanos las empresas transnacionales se cuentan entre las más importantes en tamaño y en control de ciertos mercados.

La represión al abuso de posición dominante en el mercado ha sido el instrumento preferentemente utilizado por las autoridades de la Comunidad Económica Europea para enfrentar los conflictos en análisis. Uno de los problemas que se plantean en este tema es que los países generalmente reprimen los monopolios y las prácticas monopólicas que generen perjuicios a la economía nacional, pero no a las prácticas monopólicas que repercuten en el exterior.²¹

3.3.3. Las filiales de las empresas multinacionales se constituyen conforme al derecho del país huésped, obteniendo la personalidad jurídica como persona colectiva jurídicamente independiente de la matriz, que tiene su propia personalidad jurídica reconocida por el país de origen. La pertenencia a un único centro de interés, no es contemplada generalmente por el derecho, lo que genera esta contradicción de *un sujeto económico* constituido por la suma de *un conjunto de personas jurídicas*; lo cual le permite realizar una serie de negocios jurídicos no debidamente reprimidos por el derecho: comerciar mediante *precios de transferencia*, realizar tráficos de mercancías y financiamientos no

²¹ Ver PÉREZ MIRANDA, Rafael, *Derecho y Relaciones de Producción*.

siempre reales, etcétera, lo que ha derivado en acciones desviadas o ilícitas como las subfacturaciones, sobrefacturaciones, quiebras fraudulentas concertadas con empresas del grupo, etcétera. Estas acciones no son exclusivas de las empresas transnacionales y pueden ser cometidas también por grupos de empresas concertadas, pero ha resultado en especial característica de las empresas transnacionales y estudiadas dentro del llamado *abuso de personalidad jurídica*.

3.3.4. Las acciones derivadas del abuso de personalidad jurídica no se limita sólo al aspecto delictual; las empresas pueden organizar su producción con plantas que trabajan a escala y producen parte de cada bien en diferentes países. Esto hace que resulte casi imposible conocer sus verdaderos costos de producción, afectando no sólo aspectos impositivos, sino cualquier intento de control de precios o de establecimiento de precios máximos. Por otra parte, impide por vía de hechos cualquier intento de expropiación o amenaza similar por parte del Estado.

3.3.5. El desempleo generalizado, el monopolio que detentan las transnacionales en innovaciones tecnológicas, la necesidad de dinamizar la economía y la tendencia de las burguesías de los países subdesarrollados a no reinvertir sus utilidades y enviarlas a centros financieros de países industrializados, les permite a estas empresas obtener concesiones especiales negociando en qué país y en qué región de cada país realizan sus principales inversiones. Estas concesiones suelen ser fiscales, pero también laborales.

También se utiliza la amenaza de retirar la inversión ya realizada para enfrentar las políticas económicas o laborales de los Estados anfitriones, cuando consideran que las perjudican en demasía.

3.3.5. *El flujo de divisas por retribución a los factores productivos.* La falta de una sistematización normativa adecuada motiva que la "denominación" de los canales que utilizan las empresas con inversión extranjera en la remisión de utilidades en los pagos de servicios (en especial tecnológicos) y en el pago de intereses y principal del endeudamiento externo, no sea indiferente; de sobremanera cuando se trata de transferencias entre empresas vinculadas. Esto es fácil de comprobar en un análisis cuantitativo aun superficial. La incoherencia y la falta de un esquema conceptual respecto a los temas descritos, así como en lo referente a la exportación e importación de bienes cuando vendedor y comprador son empresas vinculadas, destacó en el breve periodo en que se estableció en México un control de cambios estricto.

Las incoherencias aludidas se pueden resumir en: a) al normar la "inversión extranjera" no se regula a las "empresas con inversión extranjera" ni a las "transnacionales";²² b) lo expuesto y la elaboración de la legislación nacional considerando exclusivamente los comportamientos habituales de las empresas de capital nacional facilita acciones desviadas, pero por las mismas razones no ilegales, por parte de las empresas transnacionales; c) estas acciones se vinculan preferentemente a la elección de los canales y negocios a que se recurre para remitir divisas al exterior.

Un aspecto económico fundamental en la elección del rubro es el impositivo; los dividendos son gravados generalmente con la tasa más elevada, tanto al pagar impuestos en la fuente como por la posterior retención al distribuirse utilidades netas. Los pagos por regalías le siguen en importancia pues suelen ser asimilados a las utilidades, si bien no sufren retención al efectivizarse el pago. Los intereses pagan impuestos más reducidos, si bien pueden también ser asimilados a los dividendos cuando los pagos se realizan de filial a matriz o entre empresas vinculadas. En el pago del servicio y capital de la deuda, las empresas también se pueden ver favorecidas por el trato cambiario.

Se debe considerar también, en este punto, la transferencia de divisas que se suele realizar mediante sobrefacturación y subfacturación en el comercio de bienes entre empresas vinculadas, las que suelen también recurrir a estímulos fiscales y preferencias cambiarias en el comercio internacional.

4. ASPECTOS CONCEPTUALES

1. *Aspectos conceptuales.* El establecimiento de normas especiales referidas a la inversión extranjera y en especial a la inversión extranjera directa, es una de las excepciones más importantes al ya expuesto axioma económico liberal de *libre movilidad de los factores*, reconocido en la mayoría de las constituciones modernas (art. 5 de la Constitución de México), excepción basada en principio en el *status* de nacionalidad.²³ Sin embargo, su regulación está claramente orientada

²² El Reglamento de la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas (D.O. 25/II/82) define a las empresas subsidiarias en el art. 16 como "aquellas que tengan más del 25% de su capital social suscrito en poder del proveedor extranjero, en el caso concreto".

²³ "La libertad de comercio y de industria es el poder de decidir a qué tipo de explotación debe uno dedicarse, así como el lugar donde ha de ejercerse dicho comercio, etcétera." André HAURIU, Jean GICQUEL, Patrice GELARD, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Ed. Ariel, Barcelona 1980, p. 215.

por criterios de política económica que reviste características diferenciadas en cada país. Es por ello que en estos primeros párrafos deslindaremos criterios conceptuales de derecho comparado, con especial referencia al derecho mexicano.

4.1. *Concepto de inversión.* La inversión es un concepto económico que no tiene una traducción precisa y aceptada en el campo del derecho. En términos económicos se la identifica con la formación de capital, "consiste en los aumentos de los *stocks* o fondos de edificios, equipos y existencias",²⁴ ampliando el concepto algunos autores al mantenimiento del capital existente.²⁵ La economía marxista la asocia con la reproducción (simple o ampliada) del capital. Sin embargo, estas definiciones corresponden más bien al marco de la "macroeconomía" y a los estudios de las cuentas nacionales. En la misma ciencia económica se habla de inversión cuando se hace referencia a la financiera y a la que se realiza en acciones de empresas, casos en los cuales no necesariamente se produce un incremento del "capital" en el sentido definido anteriormente.

Esta dualidad se pone de manifiesto también cuando analizamos el concepto de "capital", se entiende por tal al conjunto de bienes organizados para la producción de otros bienes y a los *stocks* de bienes intermedios necesarios para el proceso productivo o, en sentido amplio, incluye el capital comercial y financiero. Considero que en ambos casos el concepto económico amplio es el que más se parece al tenido en cuenta por el derecho.²⁶

Podemos adelantar, en consecuencia, que el concepto de inversión se vincula a dos temas centrales: la formación y mantenimiento de capital productivo, mercantil y financiero; y, consideramos importante agregar, la búsqueda de un rédito o ganancia.

En términos jurídicos lo podemos definir como un acto jurídico o un conjunto de actos jurídicos mediante los cuales una persona física o moral dispone de bienes para que los mismos le reditúen una utilidad.

4.2. *Nacionalidad de las personas y nacionalidad de las inversiones.* En su origen la nacionalidad como atributo solo se otorgaba a las personas físicas y derivaba en la definición de los derechos políticos que

²⁴ SAMUELSON-NORTHANS, *Economía*, Ed. McGraw Hill, 12a. edición, Madrid 1986, p. 131.

²⁵ "La inversión es el gasto dedicado a incrementar o a mantener el stock de capital", RUDIGER, Dornbusch-STANLEY, Fischer, *Macroeconomía*, Ed. McGraw Hill, Madrid 1988, p. 314.

²⁶ MARX, Carlos, *El Capital-Crítica de la Economía Política*, Fondo de Cultura Económica, México.

tenía la misma en una sociedad organizada, sus posibilidades de circulación e inclusive sus cargas fiscales o de trabajo forzoso. Con posterioridad, al vincularse la nacionalidad con la protección del Estado a sus ciudadanos, comenzó a extenderse este atributo a las personas morales, sin que esto implique reconocer paz en la doctrina respecto a si se debe o no otorgar nacionalidad a las personas colectivas.

En los países en que se reconoce nacionalidad a las personas jurídicas el criterio general utilizado es la determinación del carácter de extranjero por exclusión: son extranjeras todas las personas jurídicas que no son nacionales. El atributo de "nacional" se otorga cuando la sociedad se constituye con apego a la legislación nacional y constituye domicilio legal en el país.²⁷ Esta es la orientación seguida por la legislación mexicana: que "se constituyan conforme a las leyes de la República y tengan en ella su domicilio legal".²⁸

Este criterio, exclusivamente formalista, resulta poco práctico en las oportunidades en que la nacionalidad reviste importancia como atributo jurídico, por lo cual repetidamente se ha debido recurrir a excepciones. La más notoria y comentada surgió cuando se debieron calificar a las personas morales en tiempo de guerra. Generalmente se recurrió a la investigación de la nacionalidad y domicilio de los socios y en especial a la sede real de quienes tenían el control de las empresas. Así sucedió en la mayoría de los países durante y con posterioridad a las dos guerras mundiales.²⁹

Tampoco resulta útil este criterio para atribuir nacionalidad cuando pretendemos analizar y reglamentar la inversión "extranjera"; de hacerlo así, casi todas las empresas multinacionales del país con mayoría de inversión extranjera deberían ser consideradas como nacionales. Por tanto, una empresa puede ser a la vez de nacionalidad mexicana y la inversión que realiza ser considerada una inversión "extranjera".

4.3. *Origen del flujo de capitales.* Se tiende a identificar la inversión extranjera como aquélla que origina flujo de capitales entre dos o más países. Así se interpreta generalmente el informe de los funcionarios públicos, también es la idea con que utilizan el concepto los economistas. Sin embargo este criterio no es adoptado por casi ninguna legislación, y la excepción más común es que en derecho comparado, casi unánimemente, se considera la reinversión de utilidades de una em-

²⁷ FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio. *El Control de las Empresas Multinacionales*. Ed. Tecnos, Madrid 1983, p. 49.

²⁸ Ley de Nacionalidad y Naturalización con Reformas y Adiciones. *Diario Oficial* (México), 20 de enero 1934.

²⁹ FERNÁNDEZ MORENO, Antonio, *op. cit.*, p. 47.

presa con mayoría de capital extranjero como inversión extranjera, siendo que no ha significado ningún flujo de divisas del exterior hacia el país. Muchos años, en México, la reinversión de utilidades de empresas de mayoría de capital extranjero ha sido más importante que la inversión extranjera que implicó flujo de divisas desde el exterior (denominada inversión neta).

El criterio del flujo de divisas desde el exterior coincide más con la interpretación de la llamada inversión financiera externa o endeudamiento externo; al que se suele asimilar, sin embargo, el endeudamiento interno denominado en moneda extranjera.³⁰

En algunos casos, el flujo de moneda de denominación diferente a la nacional es parte esencial en la definición de extranjera de la inversión, como sucede en la legislación nicaragüense.³¹ En otras legislaciones (Pacto Andino) el flujo del exterior es parte de la conceptualización de la inversión extranjera.³² En ambos se enuncian excepciones, destacando la ya apuntada de la reinversión de utilidades.

En la normatividad mexicana, el flujo externo de divisas es uno de los requisitos que debe cumplir el inversor para beneficiarse de la excepción establecida en el reglamento respecto a la mayoría de capital nacional que se exige para las actividades no enumeradas específicamente en la ley, y debe provenir de capital de los socios o accionistas o de financiamientos otorgados por personas morales extranjeras o instituciones de crédito con recursos provenientes del exterior.³³

4.4 *El Carácter de Extranjero de la Inversión en México.* La legislación mexicana establece diferencias entre personas físicas y morales para calificar la extranjería de la inversión si bien, en definitiva, es el concepto de persona física extranjera el determinante.

³⁰ Los graves problemas inflacionarios en los países del tercer mundo han motivado el florecimiento de títulos de deuda vinculados (*indexados*) a una variable estable, como el índice de precios, del salario básico o industrial, y en muchos casos a una divisa extranjera (dólar) o a una balanza de divisas. Sin embargo, la vinculación no significa que se pague en la divisa extranjera, sino en moneda nacional multiplicada por el índice respectivo.

³¹ Ley n= 31 —Ley de Inversiones Extranjeras, publicada en La Gaceta, Diario Oficial de Nicaragua, el 11-XII-1987, "...art. 3: Para los efectos de esta Ley se considerará inversión extranjera directa al capital de riesgo proveniente del exterior consistente..."

³² Decisión 220, del 18-5-87. Régimen común de tratamiento de los capitales extranjeros y sobre patentes, licencias y regalías. "... art. 1. Para los efectos del presente Régimen se entiende por: Inversión extranjera directa: los aportes provenientes del exterior..."

³³ Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, art. 5, frac. II. Publicada en el *Diario Oficial*, México, 16 de mayo de 1989, p. 11 y ss.

La ley califica la inversión, y la califica según el sujeto que la realiza. Será extranjera si es realizada: a) por personas físicas o morales c) por empresas mexicanas (hubiera sido preferible decir por personas morales de nacionalidad mexicana) en las que participe mayoritariamente capital extranjero o en la que los extranjeros tengan la facultad de determinar el manejo de las empresas.³⁴ El primer tema a destacar es que no se considera para la calificación el origen de los capitales, si provienen del exterior, o si implican compromisos futuros de pagos al exterior; *inversión extranjera es la realizada por una persona extranjera.*

Respecto a las personas físicas extranjeras no se presenta ningún problema, nos debemos atener a las disposiciones constitucionales y a la ley de nacionalidad, igualmente respecto a las personas morales extranjeras —si bien las residentes en el país son muy pocas—. El rubro más importante es el correspondiente a las empresas en que participe mayoritariamente capital extranjero, pues en ese caso se debe analizar la composición de capital de las empresas que invierten capital hasta llegar a las personas físicas o a personas morales extranjeras. En efecto, una empresa puede crearse con aportes de empresas de nacionalidad mexicana, pero cuyo capital fue integrado mayoritariamente por extranjeros; en ese caso se tratará de una empresa con mayoría de capital extranjero y en consecuencia el aporte de capital que realiza se considerará extranjero.

El aporte de capital de una persona moral con mayoría de capital extranjero se debe considerar como extranjero en su totalidad, pues se supone que el control de la empresa aportante lo tienen los extranjeros.

La caracterización de la extranjería tomando en cuenta exclusivamente la nacionalidad del inversor, cuando se trata de personas físicas, y la nacionalidad de los aportantes de capital —o de quienes controlan la empresa— cuando se trata de personas morales, motiva que automáticamente se consideren como inversión extranjera las reinversiones de utilidades de las empresas con mayoría de capital extranjero o las inversiones que las mismas realizan con créditos obtenidos en el mercado nacional.

4.5. *Inversión extranjera propiamente dicha e inversión de cartera.* La inversión de capital financiero en la compra de acciones de una empresa puede o no conllevar la voluntad de lograr el control de la misma, pero resulta claramente diferente de la acción de organizar una unidad productiva de bienes y servicios. Esta inversión en el capi-

³⁴ Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 9 de marzo de 1973, art. 2.

tal de una empresa ya existente mediante la adquisición de acciones es denominada inversión en cartera. Algunos autores consideran que es parte del concepto de "inversión de cartera" la ausencia de voluntad de lograr un control de la empresa, lo cual resulta muy difícil de probar;³⁵ la legislación española, sin embargo, basa en este principio la diferenciación.³⁶

En general, el derecho no recoge esta diferenciación sobre la voluntad de control, si bien en el régimen de la inversión extranjera se trata específicamente la inversión en acciones, y se hace referencia a la posibilidad de controlar una empresa. En algunos casos se regula específicamente la llamada "adquisición hostil", consistente en la compra de acciones de una empresa para lograr su control, con desconocimiento o pese a la negativa expresa de la persona o grupo económico que anteriormente la controlaba.

El control de una empresa es un punto difícil de precisar cuantitativamente, si bien los autores coinciden que para ello se necesita disponer de un porcentual de acciones muy por debajo del 50%. La ley mexicana exige que se solicite autorización cuando los inversionistas extranjeros adquieran más del 25% del capital o más del 49% de los activos fijos y cuando la administración de la empresa pueda ser determinada o caiga en manos de extranjeros,³⁷ que sería un principio de conceptualización. También establece en su reglamento la llamada inversión neutra, consistente en inversiones en cuotas de capital que otorgan derecho a participar de los beneficios pecuniarios de la misma pero no en las decisiones corporativas, es decir, una típica inversión de cartera en el sentido estricto del término.³⁸

4.6. *Inversión extranjera directa e inversión financiera.* La inversión extranjera se puede realizar en unidades de producción o comercialización de bienes y servicios (*directa*) o a través del mutuo (*inversión financiera*). Desde la perspectiva del inversor, los préstamos que rea-

³⁵ FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio, *op. cit.*, p. 52 y ss. En igual sentido AZNAR SÁNCHEZ, Juan, *Las Inversiones Extranjeras en España*, Ed. Montecorvo, Madrid 1976, p. 219 y ss.

³⁶ La ley define a las inversiones de cartera por exclusión, como aquellas que se realizan mediante la adquisición de acciones, siempre que no constituyan inversiones directas. En este punto, considera inversiones directas "...las que pretendan realizarse mediante: a) la participación en una sociedad española que permita al inversor extranjero la influencia efectiva en la gestión o control de dicha sociedad..." Real Decreto Legislativo 1265/86 publicado en el B.O.E. 28/6/86: *Texto Articulado de la Ley de Inversiones Extranjeras de España*.

³⁷ Ley para promover... art. 8.

³⁸ Reglamento de la Ley para Promover la Inversión... ver nota 10, arts. 13 a 15.

liza una institución financiera extranjera a una persona física o moral del país es una inversión extranjera; desde la perspectiva de quien la recibe es un "endeudamiento".

El endeudamiento externo se ha transformado en el principal problema estructural de las más importantes economías latinoamericanas en los ochenta (Brasil, México y Argentina).

En México el primer incremento de la tasa de endeudamiento se verificó en el periodo 1973-76, que pasó del 13% promedio de los años 1960/1972 al 44%, llegando a fines de 1976 a representar el 29% del P.I.B., destinándose la mayor parte del flujo positivo a inversiones del sector público. Otro periodo de intenso endeudamiento fue el de los años 1980/82, con un total de 52 150 millones de dólares, de los cuales 30 000 aproximadamente correspondieron al sector público. Al finalizar este periodo la deuda externa había pasado a representar el 54% del P.I.B., llegando en 1987 a significar el 75.4% del P.I.B., que se redujo, principalmente por amortizaciones beneficiosas del sector privado, al 56.8% del P.I.B., a fines de 1988.

El problema de la deuda externa de los países latinoamericanos es presentado generalmente como dificultades de los mismos para poder afrontar el servicio de la deuda, pero también como la imposibilidad de los prestamistas de recuperar su *inversión*.

Organismos internacionales vinculados directamente al tema del endeudamiento externo mundial —el Banco de Pagos Internacionales, que agrupa a los principales bancos centrales del mundo; la O.C.D.E. integrada por los principales países industriales capitalistas; el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial— han acordado una definición común —sujeta a ciertas aclaraciones y excepciones— que definen como *definición "central" de deuda externa*:

*Por deuda externa bruta se entiende el monto, en un determinado momento, de los pasivos contractuales desembolsados y pendientes de reintegro que asumen los residentes de un país frente a los no residentes, con el compromiso de rembolsar el capital, con o sin intereses, o de pagar intereses, con o sin reembolso de capital.*³⁹

Se excluye generalmente de este concepto la inversión realizada por inversionistas extranjeros en la moneda del país huésped, para beneficiarse en el corto plazo de las diferencias en las tasas de interés cuando se prevé cierta estabilidad cambiaria (arbitraje internacional), denomi-

³⁹ Banco Mundial-Fondo Monetario Internacional, *La Deuda Externa: definición, cobertura estadística y metodología*. Washington, 1988, pp. 9-10.

nado comúnmente "capital golondrina". Si bien estas inversiones se rigen por las mismas normas del inversor financiero nacional y tienen las mismas garantías y riesgos, significan una presión sobre las políticas económicas y en especial deben ser contempladas por las autoridades de la banca central del país huésped, pues cuando especulan sobre posibles modificaciones cambiarias o desaparecen los beneficios altos del arbitraje, cambian inmediatamente los capitales en moneda local por divisas fuertes.

Por otra parte, muchas de las inversiones financieras extranjeras son flujos monetarios entre empresas vinculadas, generalmente matriz y filial de una empresa transnacional. En la mayoría de los casos se trata de inversiones disfrazadas de préstamos, que se realizan de esta manera por conveniencias fiscales, cambiarias o políticas.⁴⁰ En el año 1988 los pagos de intereses al exterior por parte de las empresas transnacionales (a sus matrices o empresas vinculadas radicadas en el exterior) representaron el 22.4% de los pagos al exterior de las mismas:

PAGOS AL EXTERIOR DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA

Concepto	Años			
	1985	1986	1987	1988
Utilidades Remitidas	386.3	335.0	385.7	485.0
Utilidades Reinvertidas	231.8	587.1	661.7	748.9
Intereses	974.7	777.5	685.7	449.1
Regalías y otros pagos	273.1	355.7	302.8	318.8
Total:	1 865.8	2 055.3	2 027.2	2 001.8

FUENTE: Banco de México-Indicadores del Sector Externo.

El endeudamiento puede ser público o privado, dependiendo si la inversión financiera fue recibida por la administración pública o por particulares. Desde el punto de vista de los deudores, los organismos financieros internacionales clasifican las inversiones extranjeras en: a)

⁴⁰ *Ejemplos: Fiscales:* la tasa de impuestos por la percepción de intereses es generalmente más reducida que por la percepción de dividendos. *Cambiarias:* hay casos en que para el pago de intereses el gobierno vende divisas a cambio preferencial o inferior al que se cobra para el pago de dividendos, o que se limita la posibilidad de remitir dividendos. *Políticas:* en caso de expropiación se debería asumir la deuda en divisas con una empresa radicada en un país extranjero.

activos frente a los bancos, b) activos frente al sector público, y c) activos frente al sector privado no bancario.⁴¹

ESTRUCTURA DE LA DEUDA EXTERNA TOTAL DE MÉXICO

(Millones de dólares)

Concepto	1982	1988
Total	92 408	100 384
Sector Público	59 730	81 003
Sector Privado	23 907	7 114
Sistema Bancario	8 531	7 481
Banco de México	240	4 786

FUENTE: Secretaría de Hacienda y Crédito Público, México, 1989.

Los inversores pueden ser: a) Organismos Internacionales: entre los que destacan el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (también conocido como Banco Mundial-BIRF o BM) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID); b) Instituciones Financieras Estatales; generalmente bancos gubernamentales que promueven la exportación de bienes a otros países otorgando créditos de mediano y largo plazo a quienes realizan la importación, como el EXIMBANK de Estados Unidos, el EXIMBANK de Japón o el BANCO DE COMERCIO EXTERIOR de México; no se incluye en este rubro a la banca gubernamental que opera como banca privada; c) Banca Privada: también denominada banca comercial. En los préstamos que importan sumas importantes suelen establecerse sindicatos de bancos privados, en los cuales uno de ellos concerta las operaciones orientadas a reunir el dinero y vigila el cumplimiento de lo pactado por parte del receptor; se incluye en esta categoría a la descrita banca gubernamental que opera como banca privada. d) Endeudamiento Interno Vinculado a Divisas Extranjeras o a Canasta de Divisas: Las altas tasas de inflación han llevado a muchos gobiernos a vincular el monto e intereses de sus títulos de deuda a indicadores o índices más o menos estables: el costo de la vida, metales preciosos, precio del petróleo, una divisa de las llamadas fuertes o una canasta de divisas ponderada (la llamada indexación o indicación de las obli-

⁴¹ La Deuda Externa... p. 49.

gaciones). La deuda vinculada a monedas extranjeras o a la cotización internacional del oro, es asimilada a ciertos efectos al endeudamiento externo, por más que los títulos se hubieran colocado en el país y los acreedores fueran nacionales.

ESTRUCTURA DE LA DEUDA EXTERNA DEL SECTOR PÚBLICO MEXICANO

(Millones de dólares)

Concepto	1982	1988
Total:	59 730	81 003
Organismos multilaterales	5 041	10 420
Bilaterales y proveedores	2 847	8 794
Bancos comerciales	46 386	57 786
Bonos públicos, privados y otros	5 456	4 003

FUENTE: Secretaría de Hacienda y Crédito Público, México, 1988.

Considerando el origen nacional de los acreedores, en 1988 el 22.6% de la deuda externa correspondía a Estados Unidos, 18.9% a Japón, 12.9% a organismos financieros internacionales, 11% a Inglaterra y el resto a otros países. En la estructura por tipo de moneda la preponderancia del dólar estadounidense es aún mayor: 76.8%, siguiéndole en importancia el yen japonés con el 9.8% del total.

Este tipo de "inversión extranjera" no es regulada generalmente por la llamada "legislación sobre inversión extranjera", con excepción en ciertos casos del acceso de las empresas con mayoría de capital extranjero al crédito externo (Nicaragua, países adheridos al Acuerdo de Cartagena) y al tratamiento de los endeudamientos que pueden ser considerados como inversiones disfrazadas.⁴²

4.7. *Inversión Extranjera Directa, Empresa con Mayoría de Capital Extranjero y Empresa Transnacional*: son conceptos que se suelen confundir, y una de las principales causas por las cuales no se ha nom-

⁴² La legislación española citada considera como inversión extranjera directa "la concesión de préstamos de duración superior a cinco años, con el fin de establecer o mantener vínculos económicos duraderos" (art. 5, inc. c). El Acuerdo de Cartagena al establecer el porcentual máximo de utilidades que se podía remitir al exterior (en relación a la inversión realizada) consideraba como tal al pago de intereses de una empresa radicada en la región a otra empresa radicada en el exterior vinculada a la misma.

brado específicamente la actuación de las empresas transnacionales habiendo tanta experiencia en la materia.

La inversión extranjera puede realizarse en montos que no signifiquen cambiar la calificación de la destinataria de la misma, la que seguirá siendo una empresa de mayoría de capital nacional.

Esta inversión proporcionalmente reducida, que no alcanza a cambiar la calificación legal de la empresa, puede permitir al inversor, sin embargo, tener el control de la misma (ver 1.5). Si el inversor es una empresa extranjera, o un grupo de empresas extranjeras vinculadas, estaremos ante una filial de una empresa transnacional. En términos generales, podemos definir como tal a una empresa que tiene unidades de comercialización o producción de bienes o servicios en más de un país —concepto sólo útil para esta primera distinción y que más adelante precisaremos.

La diferencia es importante en tanto algunas ventajas o desventajas de la inversión extranjera no guardan relación con las empresas transnacionales, y viceversa. Si se centra el interés del análisis en el flujo externo de capital neto se considerará la inversión extranjera directa en tanto tal, si se hace hincapié en la modernización tecnológica se dirigirá la atención a la empresa transnacional, o a la empresa extranjera.

Por otra parte, a la empresa transnacionales le resulta más fácil que a otras empresas realizar cierto tipo de negocios jurídicos que afectan la política económica del país huésped, que en muchos casos llegan a ser delictivos. Las sobrefacturaciones y subfacturaciones en las compras internacionales realizadas con el objetivo de lograr beneficios en el mercado de cambios, para evadir impuestos o para lograr cualquier otro tipo de ganancias en violación de la norma, no son conductas que sólo puedan realizar las empresas transnacionales, pero sin duda ellas tienen más facilidades y las realizan más habitualmente que otro tipo de empresas. Por ello, es necesario diferenciar la regulación de la inversión extranjera de la regulación de la empresa transnacional, si bien están estrechamente relacionadas.

La importancia de las empresas transnacionales en México no guarda relación con su tratamiento en los programas de política económica, en los informes sobre inversión extranjera y en especial en la política regulatoria de los poderes ejecutivo y legislativo. De las encuestas realizadas por una revista especializada en el ámbito de las grandes empresas —con limitaciones que la misma publicación enuncia en cuestiones de cobertura y metodológicas, pero sin duda lo suficientemente representativa como para permitir ciertas inducciones— vemos que el 13.4%

del cual más de la mitad (7.7%) estaba invertido en empresas 100% de capital extranjero, del capital invertido por las quinientas empresas más importantes es extranjero. De las cinco empresas más importantes (considerando las ventas) en 1988, tres tenían 100% de capital extranjero; considerando las diez primeras, cinco eran transnacionales, cuatro de ellas vinculadas a empresas norteamericanas, cuatro de ellas además registraban 100% de capital extranjero; de las cincuenta primeras, veintidós tenían capital extranjero en proporción significativa, nueve con menos del 50%. A ello se debe agregar que son estas empresas las que participan más activamente en la exportación e importación de bienes y servicios (conjuntamente con algunas de las principales paraestatales como Pemex y Conasupo).⁴³

4.8. *Inversión extranjera autorizada e inversión extranjera realizada*: La legislación sobre inversiones extranjeras generalmente exige que se solicite autorización para realizar la misma, o para obtener ciertas excepciones a la ley, obtenida la autorización el peticionario puede realizar o no la inversión. Es esta la primera diferencia entre inversión autorizada e inversión efectiva.

Sin embargo, la solicitud de inversión se suele presentar calendarizada, el volumen total autorizado se puede efectivizar en varios años y así generalmente sucede. Es por ello que la información gubernamental suele generar cierta confusión, pues se hace referencia indistintamente a los volúmenes anuales de inversión extranjera que ha solicitado autorización para radicarse, a inversión autorizada en el mismo periodo, y a inversión neta efectiva.

4.9. *Inversión extranjera efectiva e inversión controlada*: desde el punto de vista del interés que reviste para un Estado saber la magnitud del capital que está sometido a las decisiones de extranjeros, al capital extranjero efectivamente invertido se le debe sumar el capital nacional controlado por el mismo. En una primera aproximación se debe sumar al capital extranjero el volumen de capitales nacionales que participan en porcentajes inferiores al 50% en empresas con capital extranjero.

Existe coincidencia entre los autores, sin embargo, que con un porcentual menor se puede lograr este control; por la atomización de las acciones, por el interés de los accionistas nacionales en que los ejecutivos estén vinculados a una empresa transnacional domiciliada fuera del país, por condicionamientos establecidos, contractualmente o de hecho, al suministrar tecnología —en especial si ésta es necesaria para el éxito de la empresa—, etcétera. Si bien las estimaciones son diver-

⁴³ *Revista Expansión*, México, agosto 16 de 1989, núm. 522.

sas, se puede afirmar que toda empresa en la cual más del 25% del capital es extranjero es controlada por inversores extranjeros,⁴⁴ llevando algunos autores esta cifra al 15%.

Resulta en consecuencia muy difícil determinar magnitudes precisas sobre la suma de los capitales extranjeros y los nacionales controlados por los primeros, así como su coeficiente respecto a la inversión nacional. A esto se debe agregar que las empresas transnacionales generalmente se ubican en sectores oligopólicos en los cuales su control es determinante e incluye el de sectores vinculados.⁴⁵ Las cifras por tanto deben ser analizadas con todas estas relativizaciones para que logren mostrar en toda su magnitud la importancia de la inversión extranjera y de la internacionalización del capital en el mundo contemporáneo.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN MÉXICO

5. OBJETIVOS DE LA LEGISLACIÓN SOBRE INVERSIONES EXTRANJERAS

Al igual que las restantes instituciones de derecho económico, la legislación sobre derecho económico responde a concepciones estructurales de la economía de cada país y coyunturales de su política económica de corto y mediano plazo. En razón de ello son muy pocas las características comunes que hallamos en el derecho comparado y una de ellas es sin duda *tener un registro sobre las inversiones extranjeras* que permita incidir sobre la misma. Objetivos divergentes, como estímulo y control de la I.E.D. son también comunes a las legislaciones modernas, cambiando especialmente la incidencia mayor de uno u otro.

Pese a estas características divergentes, consideramos conveniente realizar una breve reseña de algunas leyes modernas que abordan esta temática en Iberoamérica.

⁴⁴ Porcentual utilizado por el Banco de México en sus metodologías de análisis estadístico de la inversión extranjera en México, medición de pago de dividendos e intereses al exterior por parte de empresas transnacionales, etcétera.

⁴⁵ La industria automotriz terminal es controlada en casi toda Latinoamérica por empresas extranjeras estadounidenses, alemanas, japonesas y francesas. Estas industrias establecen un control oligopológico del mercado automotriz, pero además controlan el mercado de distribución a través de contratos de exclusividad que obligan a cada distribuidor a vender vehículos nuevos de una sola fábrica (monopolio de oferta) y el mercado de autopartes, si bien éste tiene ciertas posibilidades de venta de refacciones o de adaptarse a la demanda de más de un fabricante (oligoposomio de demanda).

5.1. *El control de la inversión extranjera en España:* este país actualizó su legislación con motivo de su incorporación a la Comunidad Económica Europea, manteniendo la estructura básica anterior.¹ Uno de los objetivos fundamentales de esta legislación es precisamente garantizar a la inversión extranjera la libre transferencia de capitales e ingresos de los mismos hacia el exterior sin los límites establecidos por el sistema de control de cambios a los capitales nacionales.

5.1.1. *Sujetos de la regulación:* La ley establece un criterio dual, considerando que es extranjera la inversión realizada por personas extranjeras privadas físicas o morales, cualesquiera sea su residencia, y la realizada por españoles residentes en el exterior —artículo 1.1.—. Se asimila a la inversión extranjera la realizada por sucursales de las personas definidas como extranjeras por sociedades de nacionalidad española que tengan participación extranjera en su capital que supere el 50%, si el porcentual de participación supera el 25% y no excede el 25% se considerará como extranjera la inversión que realice en la proporción correspondiente.

En el caso de la Inversión Extranjera Directa, se aplica la ley cuando la inversión en una sociedad española permite al extranjero tener influencia efectiva en la gestión o el control de la misma. Este control se presume cuando dicha participación sea igual o superior al 20% del capital —artículo 1.3 del decreto legislativo; 5 y 8 de su reglamento—;² así como la reinversión de utilidades del inversor extranjero.

5.2 *Tipos de inversión extranjera:* la legislación española establece los siguientes tipos de inversión extranjera:

a) inversión extranjera directa: son aquellas que se realizan en una sociedad española y que permiten al inversor extranjero el control de la misma, la constitución de sucursales o establecimientos de sociedades extranjeras, concesión de préstamos de duración superior a cinco años —con el fin de establecer o mantener vínculos económicos duraderos— y la reinversión de beneficios;

b) inversiones extranjeras de cartera: las que se realizan mediante la adquisición de acciones y que no constituyan inversión directa, es decir que no le permitan al inversor extranjero una influencia decisiva o el control de la empresa, el que se presume si la inversión es igual o superior al 20% del capital;

c) inversiones en bienes inmuebles: en términos generales son libres, sólo sujetas a reglamentaciones vinculadas a la defensa nacio-

¹ Real Decreto Legislativo 1265/86 B.O.E. 28/6/86.

² Real Decreto 2077/86, publicado en el B.O.E. 7/10/86, reglamentario del decreto legislativo 1265/86.

nal, a verificaciones administrativas en ciertos casos especiales y asimiladas a las inversiones directas cuando se realizan para sede de empresas;

d) otras inversiones: requieren autorización administrativa.

5.1.2. *Derechos de los inversores extranjeros:* Los titulares de inversiones extranjeras tienen derecho a transferir al exterior, sin límite, los capitales invertidos (repatriación) más las plusvalías obtenidas en su enajenación, los beneficios y dividendos repartidos, así como el resultado de la venta de derechos de suscripción de títulos valores. Tienen acceso al crédito interior y exterior en igualdad de condiciones con las sociedades nacionales.

5.1.3. *Otras disposiciones de interés:* la legislación española aporta algunas precisiones en relación a la vinculación de empresas y a los canales de inversión. En el primer caso establece el criterio de "influencia efectiva en la gestión o control de la sociedad", el que se presume cuando existe una inversión del 20% o más. Establece que se considerará como realizada por un solo inversor, las aportaciones de diversas empresas integrantes de un grupo, considerando como tal al conjunto de empresas en las cuales hay unidad de decisión, con base en una sociedad dominante. Esta diferenciación es un avance en la relación de sujetos económicos únicos con diversidad de personería jurídica.

5.1.4. *Objetivos de la ley:* Al igual que la mayoría de las normas sobre inversión extranjera, un objetivo general de la ley es tener un registro y control de la inversión de extranjeros en España. En los aspectos más específicos garantizar a los extranjeros, a las empresas extranjeras y a los españoles radicados fuera del país, que si invierten en España no se verán limitados por la legislación sobre control de cambio en los aspectos vinculados a la repatriación de capitales, remisión al exterior de intereses, dividendos y pagos tecnológicos. El legislador considera que en la medida en que se garantice el flujo externo del capital invertido, es conveniente establecer un régimen especial favorable para el desenvolvimiento productivo del mismo.

En consecuencia, no establece ninguna restricción especial ni a la inversión extranjera directa ni a las empresas multinacionales. Conforme a la tendencia general de los países miembros de la Comunidad Económica Europea, deja la vigilancia de las transnacionales a las disposiciones del Tratado de Roma sobre monopolios, prácticas monopólicas y en especial abuso de posición dominante; así como a la legislación nacional en la materia.

5.2. *El Acuerdo de Cartagena*: Si bien es una de las primeras regulaciones en la materia de América Latina, la modificación de la decisión 24 por la Decisión 270 (18/5/87) transforma sustancialmente el régimen anterior.

5.2.1. *Concepto de inversión extranjera*: se considera como tal a los aportes provenientes del exterior propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras, al capital de una empresa. También a las reinversiones y a las inversiones en moneda nacional que por disposición legal otorgue derecho a enviar remesas de divisas al exterior.

No se consideran extranjeras las inversiones subregionales o las realizadas por personas físicas extranjeras residentes que renuncien al derecho de repatriar capitales o remitir divisas al exterior derivadas de la inversión.

La ley considera inversor extranjero al titular de una inversión extranjera. Establece a *posteriori* una tipología especial de empresas: a) *nacionales*: aquellas en la que los inversionistas nacionales privados tienen más del 80% del capital, b) *mixtas*: las constituidas con capital nacional en una proporción de 51% a 80%, o aquellas en las cuales el Estado o empresas paraestatales tengan más del 30% del capital. c) *extranjeras*: aquellas en las que el capital nacional es inferior al 51%.

5.2.2. *Efectos de la distinción*: los inversores extranjeros tendrán derecho a repatriar el resultado de la enajenación de sus acciones o a repatriar la cuota en que se reduzca la inversión extranjera. Son reexportables (repatriables), en consecuencia, los capitales invertidos, sus incrementos y las reinversiones realizadas.

Las empresas con inversión extranjera tienen derecho a recurrir al crédito externo, pero requieren de autorización tanto para ello como para hacer efectivos los pagos al exterior en concepto de amortización e intereses. Respecto al crédito interno, se remite a la legislación de cada país miembro.

Respecto a los dividendos, pueden girarlos libremente en divisas convertibles hasta el 20% de la inversión extranjera, si bien cada país puede aumentar libremente este porcentaje.

5.2.3. *Objetivos de la norma*: Uno de los objetivos iniciales de estas disposiciones fue formar un bloque común de negociación de los países miembros del Pacto Andino frente al capital transnacional, evitando que la amenaza de realizar la inversión en un país vecino o retirar la inversión hacia un país vecino fuera utilizada para obtener privilegios respecto al trato dado al capital nacional. La decisión en

análisis exige específicamente que no se otorguen más facilidades que las establecidas en el Acuerdo a la I.E.D. —art. 16—. En la misma orientación, establece como política general que se debe autorizar la inversión extranjera cuando se trate de zonas o áreas no bien atendidas, respondiendo siempre a las prioridades programadas.

Si bien la nueva disposición liberaliza en mucho el régimen de repatriación de capitales y pagos al exterior a los factores productivos, mantiene un cierto control para evitar que la posición dominante de las empresas transnacionales provoque alteraciones sustantivas en la balanza de cuenta corriente, al imponer la autorización y registro del endeudamiento externo, de su amortización y pago de servicios, y mantener un cierto tope a la remisión de dividendos.

5.3. *La Legislación Nicaragüense*: (Ley de Inversiones Extranjeras núm. 31, *La Gaceta*, 11 de diciembre de 1987, Decreto núm. 365: Procedimiento para la Autorización y Radicación de la Inversión Extranjera Directa. *La Gaceta* 1 de junio de 1988). Por el momento en que se dictaron estas normas y la carencia de antecedentes similares, considero que esta regulación es provisoria y será reajustada conforme a las experiencias que de la misma se deriven.

5.3.1. *Sujetos de la regulación*: el concepto de inversión extranjera es atípico, considerando exclusivamente el origen del capital de la unidad de producción. Si el mismo proviene del exterior, ya sea en monedas libremente convertibles, bienes de capital o intermedios, créditos externos, se considerará una inversión extranjera y, en consecuencia, su titular será un inversionista extranjero. En la medida en que se toma en cuenta sólo el origen de los capitales y no la nacionalidad o residencia de los inversores, una persona física o colectiva puede ser simultáneamente inversor nacional y extranjero ya que puede organizar una unidad de producción con bienes traídos del exterior (inversión extranjera) y otros que se encuentran en el país. El reglamento citado al inicio no aclara esta situación, si bien la definición del inversionista como extranjero no acarrea ninguna consecuencia jurídica, por lo cual el problema es meramente teórico.

La ley también considera inversión extranjera la reinversión de utilidades generadas por la inversión extranjera que legalmente se pudieron enviar al exterior, previa autorización de la reinversión.

5.3.2. *Requisitos para la efectivización de la I.E.D.* La inversión extranjera directa debe ser aprobada administrativamente (Ministerio de Cooperación Externa) y registrada en el Banco Central. Una vez

aprobada en términos generales, se suscribe un convenio de radicación, que regulará supletoriamente cada inversión en particular.

5.3.3. *Efectos de la autorización de la I.E.D.* La inversión extranjera directa quedará siempre sujeta a la legislación nacional y al régimen fiscal vigente, salvo cláusulas modificatorias incluidas en el convenio de radicación en el último aspecto. La I.E.D. tendrá derecho a repatriar total o parcialmente el capital registrado, remitir al exterior las utilidades generadas, y reportar equipo y planta. Para ello se le garantiza el acceso a las divisas que requiera. Todos estos derechos se sujetan a las disposiciones correspondientes al convenio de radicación o a la resolución de aprobación de la inversión.

El inversor extranjero tiene acceso al crédito externo, si bien se limitará su capacidad de endeudamiento en la autorización administrativa. El acceso al crédito interno sólo se autoriza en créditos de corto plazo destinado al pago de salarios (capital de trabajo lo denomina la ley).

5.3.4. *Comentarios generales:* la ley establece criterios muy amplios tanto para la evaluación como para el establecimiento de derechos y obligaciones de la I.E.D. Con excepción de la obligación de solicitar autorización administrativa y suscribir un contrato de radicación, casi todas las disposiciones pueden ser modificadas por el acuerdo de partes derivado del mismo. Incluso un tema tan importante como el régimen de adquisición de divisas necesarias para la repatriación de capitales o envío de utilidades se fijará en el convenio de radicación.

La legislación nicaragüense se orienta a lograr inversión extranjera que incremente su capacidad productiva, incorporando innovaciones tecnológicas, pero manteniendo un control gubernamental sobre la misma. La flexibilidad otorgada al poder administrador le permitirá sin duda adecuaciones convenientes a cada inversión, pero también incrementa el margen de presión de las empresas multinacionales en las negociaciones. Es conveniente que en un plazo breve y obtenida la debida experiencia se modifique la legislación y su reglamentación, estableciendo reglas de juego más precisas. La experiencia internacional indica que la I.E.D. rehuye los países en los cuales éstas no existen, aun en el caso en que el poder administrador esté dispuesto a otorgar beneficios adicionales que superen los de otros países.

5.4. *La Legislación Mexicana:* La Constitución Política de México de 1917 prohíbe a los extranjeros la adquisición de inmuebles en las franjas de cien kilómetros al interior de las fronteras sur y norte y de cincuenta kilómetros a partir de las costas del Pacífico y del Atlán-

tico; en los restantes casos les exige que antes de la adquisición renuncien a solicitar ayuda a sus gobiernos en caso de conflictos con el gobierno mexicano, bajo apercibimiento de perder lo adquirido en favor de México si lo hicieren (Cláusula Calvo). El tema no fue abordado específicamente hasta la reforma de 1983 que incluyó las facultades del Congreso de la Unión para legislar en la materia.

Con excepción de las normas relativas a explotaciones agrícolas y petroleras, la regulación de la inversión extranjera adquiere cuerpo a partir del Decreto de Emergencia de junio de 1942, que aprobó la suspensión de garantías constitucionales dictadas por el Congreso. Los decretos que emergen de esta disposición, muchos de los cuales subsistieron cuando se levantó la legislación de emergencia, plasmaron los principios generales de la L.I.E. de 1973.

5.4.1. *Sujetos de la ley.* Como se expresara *ut supra* (4.7.) la ley no califica sujetos sino inversiones: son inversiones extranjeras las realizadas por personas físicas y morales extranjeras, así como empresas mexicanas en las que participe mayoritariamente capital extranjero o en las que los mismos tengan el manejo de la empresa. Incluye la ley a las unidades económicas extranjeras sin personalidad jurídica. El Reglamento define al *inversionista extranjero* como *las personas, unidades y sociedades a que se refiere el art. 21 de la ley, con excepción de los extranjeros radicados en el país con calidad de inmigrados...* (art. 1 frac. VII), en un claro error derivado de no comprender la sutileza del legislador de calificar la inversión y no al inversionista a efectos de no caer en dobles nacionalidades que serían inconstitucionales, como se explicará más adelante.

A esta primera clasificación entre nacionales y extranjeras agrega luego las realizadas por empresas con cláusula de exclusión de extranjeros. La ley no toma en cuenta el origen de los capitales, ni la residencia de los inversionistas en términos generales, si bien la persona física con calidad de *inmigrado* es asimilada a la nacional.

5.4.2. *Efectos:* Las personas físicas extranjeras —incluyendo los inmigrados—, y las personas morales extranjeras o nacionales sin cláusula de exclusión de extranjeros, no pueden invertir en radio y televisión, transporte automotor urbano e interurbano, carreteras federales, transportes aéreos y marítimos nacionales, explotación forestal y distribución de gas.

Las inversiones extranjeras —según la definición de 5.4.1.— en empresas que obtengan concesiones especiales para la explotación de reservas minerales nacionales no podrán superar el 34%. ni ser supe-

riores al 40% en las que se dediquen a la explotación de productos secundarios de la industria petroquímica, fabricación de componentes de vehículos automotores o al 49% en las actividades no enunciadas especialmente. Requerirán además autorización especial, además, para adquirir más del 25% del capital o más del 49% de los activos fijos de una empresa o para manejar o administrar una empresa.

5.4.3. *Objetivos de la legislación:* La presión de la ley para que el capital extranjero se asocie con el nacional muestra al menos dos objetivos claros de inicio: facilitar a los mexicanos la inversión en empresas modernas con tecnología de punta que se incorpora a disputar el mercado local y establecer una forma indirecta de control nacional sobre la inversión extranjera. La ley hace referencia en su articulado a la modernización tecnológica, a la protección del mercado nacional y a la balanza de divisas, pero sólo como criterio de evaluación de las demandas especiales de autorización fuera de los porcentuales que ella fija. No se otorgan derechos o garantías especiales a las inversiones extranjeras; ni se establecen límites a la repatriación de utilidades, a la remisión de divisas al exterior por diversos conceptos (dividendos, regalías por tecnologías, intereses), tampoco establece normas especiales que regulen los negocios de empresas vinculadas ubicadas en diversos países.

Los límites naturales del mercado local de capitales, la política gubernamental de no realizar inversiones en empresas productoras de bienes y servicios (tendiendo por el contrario a privatizar aquellas que tiene o controla) y los condicionamientos de las empresas transnacionales de que se les permita organizar unidades de producción con 100% de inversión extranjera, han presionado la sanción de normas reglamentarias y administrativas que hacen a la ley bastante más elástica en su aplicación que lo que surge del contenido de la misma.

6. *La Inversión Extranjera Directa Frente a la Constitución:* La Fracción XXIX-F del art. 73 de la Constitución faculta al Congreso para "... 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", que fue incluida en la reforma de 1983.³

6.1. *Cuestionamientos Constitucionales de la Ley de I.E.* Desde el momento de su sanción, la constitucionalidad de la ley sobre inversio-

³ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de febrero de 1983.

nes extranjeras fue cuestionada, y también lo fueron algunas de sus disposiciones específicas; igual suerte correspondió al actual Reglamento.⁴ Sólo en muy pocos casos las impugnaciones han sido motivo de decisiones judiciales; se trata en general de situaciones en las cuales las autoridades gubernamentales interpretan que se encuentran facultadas para autorizar inversiones y así lo hacen, por lo cual el interés afectado no se particulariza en alguien que pudiera presentar la queja ante los estratos judiciales:

... como tienden a beneficiar a los particulares —las resoluciones generales de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras— no ha sido frecuente que sean impugnadas por la vía del juicio constitucional de garantías.⁵

En razón de ello han quedado en cuestionamiento meramente doctrinales, lo que ha permitido a las autoridades administrativas continuar con la aplicación de las disposiciones legales o reglamentarias que aparentemente violan la Carta Magna.

En sus primeros diez años de vigencia se cuestionó reiteradamente la facultad del Congreso de la Unión para dictar normas en la materia. La citada reforma de 1983 autoriza expresamente al Congreso a legislar en la materia e implícitamente a establecer excepciones a la disposición general de la carta magna que garantiza la igualdad de derechos de nacionales y extranjeros. Este último aspecto había sido asimilado con anterioridad a las facultades de diputados y senadores de reglamentar la estancia legal de los extranjeros en el país y sus posibilidades de ejercer su profesión u oficio, otorgadas por la fracción X del citado art. 73.

El articulado que hace referencia a la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras ha sido impugnado doblemente. Se afirma que el Congreso no puede crear comisiones intersecretariales, impugnación que ha sido desestimada mayoritariamente por la doctrina.

6.2. *Constitucionalidad de las Resoluciones Generales y Particulares de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras.* Por otra parte, se cuestiona que esta Comisión dicte Resoluciones Generales, que van más allá de la interpretación individualizada, y por tanto

⁴ Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera. D.D.F., 16 de mayo de 1989.

⁵ ÁLVAREZ SOBERANIS, Jaime, *Las nuevas resoluciones generales de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras*, Revista del Derecho Industrial, año 7, núm. 20, Buenos Aires, 1985, Ed. Depalma, p. 247.

son facultad indelegable del Congreso. Estas normas no pueden considerarse reglamentarias y, aún en este caso, deberían emanar del titular del Ejecutivo.

Las resoluciones particulares de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, basadas en las facultades discrecionales que le otorga la ley, son consideradas también inconstitucionales por la misma discrecionalidad en que se fundan. En su defensa, Álvarez Soberanis hace una distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad, destacando la obligación de la Comisión de motivar y fundar la decisión y otorgar al afectado la posibilidad de alegar lo que a sus derechos convenga (arts. 14 y 16 de la L.I.E.).⁶ Considero que estos argumentos no son suficientes, la discrecionalidad implica arbitrariedad y si se pretendiera diferenciar estos términos otorgando una carga negativa mayor a la palabra arbitrariedad, es claro que la discrecionalidad puede llevar y lleva generalmente a la arbitrariedad. Por otra parte, no siempre el perjudicado es el sujeto que solicitó que no se le aplique la ley y se le otorgue el beneficio de una excepción de cualquier tipo; generalmente se afecta el interés general en cuya protección se dictó la ley y en muchos casos se afecta además derechos de terceros. Se puede inferir fácilmente que si las empresas transnacionales solicitan que se les libere de integrar sus capitales con capitales nacionales es porque consideran que de esta manera se encontrarán en una situación económica más ventajosa en la producción de bienes y servicios, pues podría utilizar su tecnología más avanzada y el *know how* de la empresa sin peligro de difusión al exterior de la empresa, e igualmente podrá organizar sus transacciones con la matriz sin interferencias de otros sujetos. Al otorgarse la autorización se afecta no sólo a las empresas nacionales, sino a las inversiones extranjeras que en la misma rama de la producción cumplieron estrictamente con la ley y en consecuencia serán sujetos pasivos de una *competencia desleal* basada en una facultad discrecional de un ente administrativo que pudo negarles a ellas lo que otorga a otra. Así sucedió con la solicitud de una empresa que produce bienes informáticos, a la que se autorizó una inversión 100% de capital extranjero (agosto/septiembre de 1985) lo que motivó que se sintieran afectadas otras empresas de la competencia, muchas de las cuales lograron se amplíe esta resolución en su favor.

Las normas aludidas, claramente inconstitucionales, se han seguido aplicando por cuanto violentan la Constitución en favor de particu-

⁶ *Ibidem*.

lares y en contra sólo del interés general. Ello ha motivado que, como se afirmó *ut supra*, no hayan sido objeto de cuestionamiento ante la justicia.

6.3. *Constitucionalidad del Reglamento de la L.I.E.* Entre las funciones normativas atribuidas generalmente al Ejecutivo está la de dictar reglamentos. La doctrina distingue en general tres tipos: a) reglamentos de ejecución, orientados a precisar conceptualmente una ley, en especial si es de aplicación genérica, y necesarios para que el poder administrador las pueda aplicar, b) reglamentos independientes o autónomos, referidos a facultades otorgadas expresamente por la carta magna al Poder Ejecutivo, c) reglamentos de organización, mediante el cual los poderes se organizan y distribuyen esferas de competencia y funciones.⁷ Esta clasificación resulta de interés porque ayuda a fijar los criterios de amplitud en la reglamentación que realiza el ejecutivo.

En el primer caso, reglamento de ejecución, que es el de nuestro interés, se trata de una delegación legislativa que se debe originar en la Constitución o en la propia ley reglamentada; si bien, por su extensión generalizada a casi todos los regímenes constitucionales clásicos, se suele presumir como inherente a la función ejecutiva,⁸ correspondiendo al Presidente o Primer Ministro en los regímenes parlamentarios. Las razones de esta práctica generalizada son varias: las asambleas legislativas están constituidas generalmente por políticos profesionales sin experiencia administrativa, sus procedimientos son generalmente muy lentos, sus intereses de control político del ejecutivo preponderan muchas veces sobre su interés legislador; razones todas agravadas por la creciente complejidad técnica de la función de gobierno.

Los reglamentos ejecutivos son entonces, por definición, de eficacia o validez inferior a las leyes que precisan, cuyo contenido no pueden modificar o abrogar. Tampoco incorporar normas generales que, so pretexto de llenar vacíos legislativos, impliquen asumir por parte del Ejecutivo facultades indelegables de los Cuerpos Legislativos. Se reconoce como excepción las facultades expresas que en la materia puede otorgar la Constitución. El control parlamentario del ejercicio de es-

⁷ BISCARETTI DI RUFFA, *Derecho Constitucional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 494.

⁸ HORIOU, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Colección Demos, Barcelona, Ed. Ariel, 1980, p. 533. LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ed. Ariel Ciencia Política, 1983, p. 274.

tas facultades es generalmente menor, no así el del Poder Judicial que en algunos países (Estados Unidos de América) llega a ser muy estricto y limitativo.⁹

Si bien la Constitución Política de México no otorga claramente esta función al Poder Ejecutivo, pero por considerarla inherente al mismo o por deducirla —un poco forzosamente— del articulado de la misma, en especial del art. 89 frac. I y 92, la doctrina y la jurisprudencia se la atribuyen, en el marco expuesto precedentemente: es un conjunto de disposiciones normativas, necesarias para la buena ejecución de una ley, a la cual se encuentra subordinada.¹⁰ Los reglamentos derivados de los arts. 21 y 27 de la Constitución corresponden a los que hemos denominado reglamentos autónomos y los Reglamentos Interiores de las Secretarías son ejemplos de los denominados “organizativos”.

El Reglamento de la L.I.E. de 1989 fue impugnado desde el momento mismo de su publicación. El argumento principal y más sólido es que vía reglamentación, el Ejecutivo está sancionando normas generales que son facultad indelegable del Congreso y en muchos casos, modifica en partes sustantivas las disposiciones de la ley o realiza interpretaciones excesivamente literales sobre la facultad de reglamentación.

Enunciaremos algunos casos de contradicción evidente entre ambos textos:

a) La L.I.E. dice que “se requerirá la autorización de la Secretaría que corresponda según la rama de actividad económica de que se trate cuando... personas físicas o morales a que se refiere el art. 2 adquiera... más del 25% del capital o más del 49% de los activos fijos... Serán nulos los actos que se realicen sin esta autorización”.

El Reglamento expone que se requerirá autorización de la Secretaría (según el art. 1 fracción II, sería la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, que no es lo que dice la L.I.E.) cuando los inversionistas adquieran acciones o activos fijos... Cuando, como resultado... se rebase la proporción del 49% del capital social o de los activos fijos...”

El caso más flagrante de inconstitucionalidad es, sin embargo, el establecido por el capítulo IV —De la Inversión Extranjera Temporal— del Reglamento (arts. 23 a 26 incluidos), pues no sólo altera

⁹ HOURIOU, A., *op. cit.*, p. 533; LOWENSTEIN, K., *op. cit.*, p. 275.

¹⁰ CARPIZO, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México, Ed. Siglo XXI, 1978, pp. 105 y ss.

las claras disposiciones de la ley sino que lo hace en temas que la misma considera son de importancia sustantiva. En efecto, la ley asimila a los extranjeros que tienen el carácter de inmigrados con los mexicanos, con la excepción de las actividades reservadas de manera exclusiva a mexicanos o sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros.

7. *Tipos de inversión*: La ley califica a la inversión de mexicana o extranjera según el sujeto que la realiza, pero no califica a los sujetos o inversionistas como nacionales o extranjeros como lo hacen leyes de otros países. Distingue claramente las personas extranjeras de las que tienen mayoría de inversión extranjera en su capital y expresa que *la inversión* que realiza un extranjero con calidad migratoria de *inmigrado* se asimila a la inversión mexicana. El Reglamento incorpora una cuota importante de confusión al incorporar la categoría de *Inversionista Extranjero*, diciendo que son “las personas, unidades y sociedades a que se refiere el art. 2 de la Ley, con excepción de los extranjeros radicados en el país con calidad de inmigrados...”

Según el Reglamento una persona moral con nacionalidad mexicana pero en la que participe mayoritariamente capital extranjero es un *inversionista extranjero*. El inmigrado, en cambio, no es un *inversionista extranjero*. Esta calificación no guarda coherencia con el sistema jurídico y, como lo expresáramos, tira por tierra la sutileza del legislador que no quiso establecer estas confusiones que generan idea de doble nacionalidad: el inmigrado es extranjero cuando realiza cualquier actividad, inclusive cuando invierte, *su inversión* es asimilada a la inversión mexicana. Las *personas morales mexicanas* tienen nacionalidad mexicana y por tanto son *inversionistas mexicanos*, si bien *su inversión puede ser o no extranjera*.

Realizada esta aclaración, que consideramos de suma importancia para la comprensión y aplicación de la ley, enumeramos sucintamente los tipos de inversión que realizan las personas según el capital que las integra.

7.1. *Personas que realizan inversiones extranjeras*:

7.1.1. Las personas físicas extranjeras, que se definan a *contrario sensu* como aquellas que no son mexicanas, según lo dispuesto por la Constitución y la Ley de Nacionalidad y Naturalización,¹¹ que en su art. 6 expresa: *Son extranjeros los que no sean mexicanos*. La citada ley comienza definiendo la nacionalidad de las personas físicas

¹¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de enero de 1934.

mexicanas: *Art. 1: Son mexicanos por nacimiento: los que nazcan en el territorio de la República . . . los que nazcan en el extranjero de padres mexicanos; de padre mexicano o de madre mexicana; los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas. Y por naturalización los que obtengan Carta de Naturalización de la Secretaría de Relaciones Exteriores así como quienes contraigan matrimonio con mexicanos y residan en el país, previo trámite correspondiente.*

Los extranjeros con calidad migratoria de inmigrados no realizan inversiones extranjeras, como se verá más adelante.

7.1.2. Las personas morales extranjeras, que al igual que las físicas se definen como aquellas que no tienen nacionalidad mexicana. El art. 5 de la Ley de Nacionalidad . . . expresa que *Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes de la República y tengan en ella su domicilio legal.*

7.1.3. Las unidades económicas extranjeras sin personalidad jurídica: se debe entender que la ley se refiere a sociedades de hecho y a personas extranjeras que sin tener radicados negocios autónomos en México realizan inversiones en sociedades mexicanas pudiendo en su caso haber adquirido acciones de las mismas en México o en el exterior. Algunos autores ejemplifican con los fideicomisos, sin embargo consideramos que si bien los mismos carecen de personalidad jurídica (se trata de un contrato, no de una persona moral), es el fiduciario quien teniendo personalidad jurídica realiza los negocios vinculados al patrimonio afectado al fideicomiso, o un representante que actúa en su nombre, por lo cual no es posible que resulte titular de un derecho en tanto "fideicomiso".

7.1.4. Personas morales mexicanas en las que participa mayoritariamente capital extranjero. A tales efectos se debe considerar la historia de la inversión: si una empresa "A" recibe inversión mayoritaria de una empresa "B" de nacionalidad mexicana integrada a su vez mayoritariamente por aportes de "X" e "Y" que son extranjeras, la inversión de "B" debe considerarse como extranjera y las futuras inversiones de "A" serán consideradas también como extranjeras.

7.1.5. Empresas mexicanas con mayoría de capital mexicano pero en las cuales los extranjeros tengan, a cualquier título, la facultad de determinar el manejo de la empresa.

7.2. Personas que realizan inversiones mexicanas:

7.2.1. Las personas físicas mexicanas y las personas morales mexicanas en las cuales no participe mayoritariamente capital extranjero o en la que los mismos no tengan el control sobre sus decisiones.

7.2.2. Las personas físicas extranjeras con calidad migratoria de *inmigrados*, salvo cuando por razón de su actividad se encuentren vinculados con centros de decisión económica del exterior. No pueden, sin embargo, realizar las inversiones enumeradas en el art. 4, 2a. parte, o áreas geográficas reservadas a mexicanos o sociedades con cláusula de exclusión de extranjeros, pues las inversiones del *inmigrado* son asimiladas a las de los *mexicanos*, pero no los hace mexicanos. La L.I.E. los excluye expresamente, sin embargo, para evitar confusiones.

El Reglamento considera que una persona está vinculada con centros de decisión económica del exterior cuando presta directa o indirectamente servicios personales subordinados de cualquier tipo a un inversionista extranjero o cuando depende de un inversionista extranjero para comercializar los bienes y servicios que produce, por lo que hace a los mismos (art. 4).

7.2.3. Las personas morales con cláusula de exclusión de extranjeros, exclusión que comprende a los inmigrados. En una figura especial originada en la práctica durante la vigencia del sistema de emergencia originado en la segunda guerra mundial a que se hizo referencia con anterioridad. Estas sociedades según se verá pueden invertir en algunas actividades que están vedadas inclusive a personas morales mexicanas con mayoría de inversión mexicana.

7.3. Inversiones que no se contabilizan para determinar los porcentuales de participación extranjera: El reglamento, recogiendo en parte disposiciones de resoluciones administrativas anteriores, reconoce algunas personas extranjeras o con mayoría de inversión extranjera que al realizar una inversión no se considerará la misma en el porcentual autorizado a la inversión extranjera, pero que tampoco se considera como mexicana. Se trata de una situación diferente a la del extranjero inmigrado, cuya inversión es asimilada a la mexicana. En estos casos la inversión "no se computará para el efecto de determinar el monto y proporción de la participación de inversionistas extranjeros en el capital social de las sociedades emisoras . . ." (art. 13 6 par. del Reglamento). Así, una empresa "A" con 51 millones de inversión mexicana, 49 millones de inversión extranjera y 30 millones de inversión de una sociedad financiera internacional para el desarrollo realizará inversiones mexicanas; una sociedad "B" con 49 millones de inversión mexicana, 51 millones de inversión extranjera y 30 millones de una sociedad financiera internacional para el desarrollo realizará inversiones extranjeras. Estas inversiones son:

7.3.1. Las sociedades financieras internacionales para el desarrollo: personas morales extranjeras cuyo objetivo primordial consiste en fomentar el desarrollo económico y social de los países en proceso de desarrollo, mediante la aportación de capital de riesgo temporal, el otorgamiento de financiamientos preferenciales y el apoyo técnico de diverso tipo.

7.3.2. Los extranjeros titulares de inversiones neutras: que son certificados de participación ordinarios emitidos por instituciones fiduciarias en fideicomiso cuyo patrimonio está constituido por acciones representativas del capital social de sociedades cuyas acciones son cotizadas en bolsas de valores mexicanas, siempre que las acciones fideicometidas integren series "N" o Neutras y cumplan otros requisitos reglamentarios menores.

8. Límites a la inversión extranjera:

La inversión extranjera es restringida en su accionar conforme a una clasificación de actividades que realizan la Constitución y la L.I.E. con ciertas aclaraciones de su Reglamento. Respecto a este último, consideramos su articulado relativizándolo conforme a lo expuesto respecto a la constitucionalidad de partes del mismo.

8.1. *Actividades de las que está excluida la inversión extranjera.* Siendo la inversión extranjera una especie de la inversión particular, no puede abordar las actividades de las que se excluye a los particulares, a saber: petróleo y demás hidrocarburos, petroquímica básica, explotación de minerales radioactivos y generación de energía nuclear, minería en los casos a que se refiere la ley de la materia, electricidad, ferrocarriles, comunicación telegráfica y radiotelegráfica. Estas actividades se deben considerar según la definición obrante en los decretos o resoluciones administrativas de cada área o, en su defecto, de acuerdo a lo establecido en la Clasificación Mexicana de Actividades Económicas y Productos elaborada por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática.

Algunas actividades son reservadas por la ley a personas físicas mexicanas y a personas morales que en su contrato social tengan una cláusula que impida a las personas físicas o morales extranjeras y a personas morales nacionales con inversión extranjera en cualquier proporción, invertir en su capital social, denominadas "*sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros*".

Estas actividades son: radio y televisión, transporte automotor urbano, interurbano y en carreteras federales, transportes aéreos y marítimos nacionales, explotación forestal y distribución de gas.

8.2. *Límites a la inversión mexicana realizada por personas morales con participación de inversión extranjera:* Según la definición de la L.I.E., las personas morales mexicanas en las que no participe mayoritariamente capital extranjero o en la que los mismos no tengan el control sobre sus decisiones realizan inversiones mexicanas. Sin embargo, en ciertas actividades no podrán invertir si la inversión extranjera supera ciertos porcentuales. Para fabricar componentes automotores o productos secundarios de la industria petroquímica la inversión extranjera en la empresa que la aborde no podrá superar el 40%. En la explotación y aprovechamiento de sustancias minerales, la inversión extranjera dentro de la empresa no podrá superar el 34% cuando se trate de concesiones especiales para la exportación de reservas minerales nacionales.

8.3. *Actividades en que puede participar la inversión extranjera:* Se puede realizar inversión extranjera hasta el 49% del capital de las empresas que realicen cualquier actividad de las no enumeradas precedentemente o que se enumeran en leyes especiales.

La L.I.E. dice que podrán tener esta participación "cuando las disposiciones legales o reglamentarias no exijan un porcentaje determinado" ya que con anterioridad al enumerar las cuotas de participación del capital extranjero establece genéricamente: "las que señalen las leyes específicas o las disposiciones reglamentarias que expida el Ejecutivo Federal". La simple lectura del texto indica claramente que el legislador interpretó que el Ejecutivo Federal o las leyes específicas podrían imponer mayores restricciones a la inversión extranjera, y en su defecto estableció la cuota genérica del 49%. Sin embargo el Poder Ejecutivo ha interpretado que de estas normas surge una autorización genérica para autorizar vía reglamento inclusive inversiones extranjeras del 100% (ver Reglamento art. 5).

8.4. *Actividades en que puede realizarse inversión extranjera sin límite:* El Reglamento autoriza la inversión extranjera con cualquier proporción en el capital de empresas para realizar actividades no incluidas en la Clasificación Mexicana de Actividades Económicas y Productos del I.N.E.G.I. sin necesidad de solicitar autorización a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial siempre que cumplan en otros los siguientes requisitos: que inviertan en activos fijos, con recursos financieros provenientes del exterior, ubicando los establecimientos industriales fuera de las zonas de mayor concentración industrial y mantengan un saldo equilibrado en su balanza de divisas acumulado durante los tres primeros años de operación.

Además del carácter inconstitucional de la disposición, no se entiende el motivo de suponer que las actividades no enumeradas por olvido o desconocimiento o por tratarse de nuevas actividades desarrolladas con posterioridad a la elaboración de la lista, puedan carecer de importancia estratégica para el desarrollo, la salud de los habitantes o la defensa nacional como para autorizar en blanco la posibilidad de que sean abordadas por empresas con capital extranjero en el 100%.

Los inversionistas extranjeros no podrán adquirir además acciones o activos fijos de las sociedades existentes cuando se rebase el 49% del capital social o de los activos fijos, salvo autorización de la Secretaría (Reglamento art. 7).