



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
SEDE GUADALAJARA

“EL REGIMEN JURIDICO DE LAS
EMPRESAS MULTINACIONALES:
Un Análisis comparado”

VINICIO ESTRADA FLORES

Tesis presentada para optar por el título de LICENCIADO EN
DERECHO con Reconocimiento de Validez Oficial de Estudios
de la SECRETARIA DE EDUCACIÓN PÚBLICA, según
acuerdo número 86809 con fecha 13- VIII-86.

Zapopan, Jalisco., Octubre del 2000.



49551



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
SEDE GUADALAJARA
BIBLIOTECA



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
SEDE GUADALAJARA

“EL REGIMEN JURIDICO DE LAS
EMPRESAS MULTINACIONALES:
Un Análisis comparado”

VINICIO ESTRADA FLORES

Tesis presentada para optar por el título de LICENCIADO EN
DERECHO con Reconocimiento de Validez Oficial de Estudios
de la SECRETARIA DE EDUCACIÓN PÚBLICA, según
acuerdo número 86809 con fecha 13- VIII-86.

Zapopan, Jalisco., Octubre del 2000.

CLASIF. TE
DER 2000 EST
ADQUIS: 49551
FECHA: 12/05/03
DONATIVO DE _____
\$ _____

1. EMPRESAS INTERNACIONALES.





ESCUELA DE DERECHO

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

SEDE GUADALAJARA

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

C. VINICIO ESTRADA FLORES.

Presente

En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesionales y después de haber analizado el trabajo de titulación en la opción TESIS titulado: **“EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES. Un análisis comparado.”** presentado por usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos para ser presentado ante el H. Jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar ocho ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

Ateritamente

EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN


LIC. ALBERTO JOSÉ ALARCÓN MENCHACA



GATT CORONA

Y ABOGADOS ASOCIADOS, S.C.

GUILLERMO ALEJANDRO GATT CORONA
JOSÉ OCTAVIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ
NANCY KARINA MARTÍNEZ BASÁÑEZ
DIANA CRISTINA ONTIVEROS BALCÁZAR
NAYELI NOHEMÍ ZAMORA SERRANO
MAURICIO CASILLAS RODRÍGUEZ

Guadalajara, Jalisco. Noviembre 01, 2000

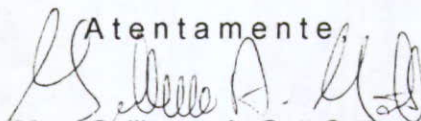
Lic. Alberto Alarcón Menchaca
Director de la Escuela de Derecho
UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Presente,

Estimado Lic. Alarcón,

He revisado cuidadosamente, en mi calidad de Asesor de Tesis, el documento titulado **"EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES: Un análisis comparado"**, que como trabajo de recepción profesional presenta el pasante en derecho **VINICIO ESTRADA FLORES**, tesis que en mi concepto y en los términos establecidos por la institución, reúne los requisitos de un trabajo de carácter recepcional.

Por este motivo, otorgo a la tesis titulada, mi voto aprobatorio.

Sin más por el momento, me despido poniéndome como siempre a sus amables órdenes.

Atentamente

Mtro. Guillermo A. Gatt Corona

*A mis padres,
con sincero cariño y agradecimiento.*

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN.	3
1. ASPECTOS GENERALES DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES	5
1.1. Origen de las EMNs.	5
1.2. Concepto de las EMNs.	9
1.3. Importancia de las EMNs para la economía.	13
1.4. Proyección de las EMNs en el futuro.	17
2. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES.	19
2.1. Instituciones jurídicas bajo las cuales se establecen y son reguladas las EMNs.	19
2.2. Algunos esquemas jurídicos utilizados por las EMNs en diferentes sistemas jurídicos.	20
2.2.1. Tipos de corporaciones en los Estados Unidos de América.	21
2.2.1.1. Partnership.	22
2.2.1.2. Corporation.	25
2.2.1.3. Limited liability company.	27
2.2.2. Tipos de corporaciones más usadas en la Unión Europea.	28
2.2.3. Tipos de corporaciones japonesas (<i>keiretsus</i>).	30
2.2.4. Tipo de sociedad utilizada por las EMNs en México.	32
3. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN MEXICANA RESPECTO A LAS EMPRESAS MULTINACIONALES.	38
3.1. Aspectos Constitucionales.	38
3.2. Regulación de las Sociedades Mercantiles.	48
3.2.1. Sociedad en Nombre Colectivo	48
3.2.2. Sociedad en Comandita Simple.	49
3.2.3. Sociedad de Responsabilidad Limitada.	50
3.2.4. Sociedad en Comandita por Acciones.	52
3.2.5. Sociedad Cooperativa.	54
3.2.6. Sociedad Anónima.	55
A. Requisitos de Constitución.	55
B. Estatutos.	56
C. Acciones.	57
D. Órganos de la Sociedad	59
E. Conclusión a las Peculiaridades de la Sociedad Anónima para las EMNs.	66
3.2.7. Conclusión al Análisis de las Sociedades Mercantiles en México.	66

3.3.	Regulación de la Inversión Extranjera en México.	66
3.3.1.	Análisis de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera. (Diario Oficial de la Federación del 9 de marzo de 1973).	67
3.3.2.	Análisis de la Ley de Inversión Extranjera. (Diario Oficial de la Federación de 27 de Diciembre de 1993, actualmente vigente).	72
3.4.	Regulación de Comercio Exterior en México (Análisis de la Ley de Comercio Exterior).	83
3.5.	Regulación de Competencia Económica.	95
3.6.	Tratados suscritos por México.	103
4.	LA RESPONSABILIDAD DE LA CONTROLADORA RESPECTO A LAS OBLIGACIONES DE LAS FILIALES.	111
4.1.	La personalidad jurídica de las sociedades.	111
4.2.	Trascendencia de la responsabilidad de la sociedad a los socios.	113
4.3.	Análisis del término de derecho anglosajón: <i>Piercing the corporate veil</i> (Traspasar el velo de la corporación).	123
4.4.	Protección de los socios minoritarios de la filial de una EMN.	127
4.5.	Límites al flujo de ganancias en las EMNs.	131
5.	NACIONALIDAD DE LA EMPRESA MULTINACIONAL.	136
	CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.	141
	GLOSARIO.	147
	BIBLIOGRAFÍA.	148

INTRODUCCIÓN

Estamos inmersos en un mundo de vertiginosos cambios y en los últimos años ha sobresalido el proceso de globalización, el cual ha propiciado un enriquecimiento cultural y económico de las diversas naciones a lo largo del globo terráqueo aunque también ha generado algunos aspectos negativos, como es el caso de la pérdida de identidad y cultura de cada nación. Desde un punto de vista comercial y económico, la globalización ha dado origen al fortalecimiento de las relaciones comerciales entre distintas naciones teniendo como consecuencia el surgimiento y desarrollo de las *empresas multinacionales* (EMNs).

Las EMNs han sido primeramente estudiadas por los economistas y recientemente algunos juristas han encontrado un interés especial en el estudio de las EMNs, las cuales son una realidad que está ligada al ámbito del derecho. Sin embargo, dada la multiplicidad de naciones y por tanto de sistemas jurídicos que se ven involucrados, se hace necesario un análisis exhaustivo del régimen jurídico para este tipo de empresas. Este trabajo surge de la inquietud de conocer el funcionamiento y la regulación de este tipo de empresas. En forma metafórica podemos decir que en este trabajo la EMN es representada por un esfera que cuenta con puntos muy diferentes unos de otros. Éstos representan las diversas ramas del derecho en varios sistemas jurídicos, por tanto, el estudio y objetivo de este trabajo es observar a dicha esfera (empresa multinacional) rodeándola para poder apreciar los distintos puntos de tal esfera desde divergentes perspectivas. Esto nos conduce a un proyecto muy ambicioso, ya que conlleva el análisis de la EMN desde el punto de vista de varias ramas del derecho y en este sentido no es el objetivo un análisis exhaustivo de cada uno de esos puntos, sino hacer una visión global de la realidad jurídica, económica y social de la EMN.

A lo largo del trabajo nos centraremos principalmente en el análisis de la legislación mexicana, sin embargo no podemos dejar a un lado el estudio del derecho comparado con diversos sistemas jurídicos, y de manera concreta haremos una breve reflexión sobre los

sistemas europeos, asiáticos y en forma especial del derecho anglosajón, que dada la influencia económica de algunos países interesa de manera peculiar al presente trabajo.

Dado lo amplio del trabajo y la complejidad de las EMNs, tal vez alguien podría pensar que se trata de un estudio poco práctico a la luz del derecho, sin embargo y haciendo nuestras las palabras del gran jurista Giorgio del Vecchio afirmamos que “ningún argumento es tan adecuado para mostrar la naturaleza eminentemente práctica del derecho, y su plena y perfecta adherencia a la vida, como el siguiente: no hay interferencia alguna entre hombres, no hay controversia posible, por muy complicada e imprevista que sea, que no admita y exija una solución jurídica cierta”.¹

Podemos añadir, que conforme avance el desarrollo y crecimiento de este tipo de empresas, los diferentes sistemas legales a lo largo del mundo deberán precisar en forma paralela los rasgos de una legislación que contemple, si no de forma especial, por lo menos que atienda a la realidad de la existencia de empresas con características muy singulares, como son las EMNs.

¹ DEL VECCHIO, Giorgio. *Los Principios Generales del Derecho*, BOSCH, Casa Editorial-Urgel, Barcelona, España, 2ª ed., 1948, p. 41.

1. ASPECTOS GENERALES DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES (EMNs).

1.1. ORIGEN DE LAS EMNs.

Antes de entrar al análisis detallado desde el punto de vista jurídico de las EMNs, es conveniente empezar con una breve semblanza del surgimiento de este tipo de empresas para llegar así a un concepto de la misma.

Las EMNs son una realidad que atiende a factores de índole económica, estratégica, jurídica e incluso política.

El siglo XX se ha caracterizado por un crecimiento en las importaciones y exportaciones de las naciones del planeta. Son las empresas y no las naciones las que se encuentran al frente de la competencia internacional del mercado, por lo que deben incrementar su competencia de una manera global. En la competencia internacional de nuestros tiempos, las grandes compañías no deben ser confinadas al país de origen, ya que pueden competir con estrategias de globalización al tener actividades en diversos países.²

Este deseo de competir en el extranjero se traduce en una tendencia a la internacionalización de la operación de las empresas que establecen sucursales afiliadas o subsidiarias en diferentes países. Además, la interrelación e interdependencia de las naciones en las actividades económicas, se ha transformado para todas las naciones en un imperativo, ya que su participación en la economía regional o mundial, afecta directamente en su desarrollo económico interno. En opinión de algunos economistas, la creciente ola de inversión extranjera directa después de la Segunda Guerra Mundial y el crecimiento de las

² PORTER, Michael E. *The Competitive Advantage of Nations*, The Free Press, New York, 1990, p. 33.

EMNs es tal vez el más importante fenómeno económico de la segunda mitad del siglo XX.³

Teniendo como causa las barreras arancelarias, las empresas se han visto en la necesidad de penetrar en los países estableciendo y desarrollando actividades, esto en lugar de ser empresas exportadoras que como tal se ven afectadas por los aranceles. Las mismas empresas encuentran como forma de penetración en un mercado regional el establecerse con una subsidiaria en un país determinado (v. gr. los países asiáticos que para ingresar en el mercado de toda Norteamérica se establecen en México y aprovechan los beneficios del Tratado de Libre Comercio). Además de lo anterior muchas empresas de países del Primer Mundo ven una oportunidad en los países del Tercer Mundo, debido a que normalmente se conjugan uno o varios factores como el hecho de que la mano de obra es más barata e igual de capacitada y más bajos los impuestos, además de considerar el tiempo y costo de transportación. Lo anterior es factor determinante para que un inversionista extranjero considere invertir en nuestro país. El maestro Santiago González Luna sostiene que “lo que motiva a un extranjero a invertir fuera de su patria es, fundamentalmente, la expectativa de una mayor ganancia. Esta mayor ganancia se puede obtener por la conjunción de varios factores: acceso a insumos y mano de obra más barata que en casa; acceso a mercados nuevos; localización geográfica del país anfitrión; estímulos fiscales; mayor seguridad de la inversión, por cuestiones políticas y económicas, destacando las monetarias y de control de cambios”.⁴

En esta evolución de las empresas hay una cosa particularmente importante, que es el tema de la magnitud de las empresas. En palabras de Girón Tena, hay alrededor de la existencia de la magnitud de las empresas una “profecía y una coincidencia”⁵, ya que como sabemos, Marx profetizó una concentración económica creciente en grandes empresas y, paralelamente, una proletarización igualmente creciente (la masa proletaria se iría

³ Cfr. EITEMAN, David K, y STONEHILL, Arthur I. *Las Finanzas de las Empresas Multinacionales*, Ed. Addison- Wesley Iberoamericana, Wilmington, Delaware, E.U.A., 5ª ed., 1992, p. 5

⁴ GONZÁLEZ LUNA MARSEIYE, Santiago. *Apuntes de Inversión Extranjera* de la materia impartida por el licenciado Santiago González Luna Marseiye en la División de Posgrados de la Universidad Panamericana, Sede Guadalajara.

⁵ GIRÓN TENA, José. *Las Grandes Empresas*, Universidad de Valladolid, España, p. 19

enriqueciendo con los miembros de la burguesía vencidos en la lucha económica). Lo anterior es una realidad, y sin detenernos a considerar el acierto o error en este sistema económico, la verdad es que hay ventajas objetivas que motivan el crecimiento de las empresas.

Las grandes empresas no se circunscriben al ámbito local, sino que tienen como uno de sus fines el internacionalizar su operación, incursionando en los mercados extranjeros por medio del establecimiento de subsidiarias, o en su caso, por medio de alianzas estratégicas. De gran importancia ha sido el papel que han desempeñado las EMNs en la integración de una economía global en los últimos treinta años.⁶

Aunque pudiera pensarse que las grandes compañías internacionales únicamente están interesadas en establecerse en los mercados de países del Primer Mundo, también resultan atractivos para determinados sectores los países con economías menos desarrolladas.

Kenichi Ohmae, quien es Director Ejecutivo de la subsidiaria japonesa de la empresa internacional de consultoría *McKinsey & Company*, afirma que ninguna compañía puede operar con efectividad a escala mundial si centraliza todas las funciones clave y después las manda implantar en el exterior;⁷ esto conduce a que en cada país donde se tienen actividades debe implementarse una cierta autonomía con respecto a la empresa controladora (*holding*)⁸ que se refleja en dotarle de una estructura organizacional propia con una dependencia indirecta del centro. Además del interés por incursionar en otros mercados, la idea básica que apoya la creación de grupos con esquemas como los de las EMNs, es la de conjuntar en un centro la decisión, el desarrollo y el crecimiento de un

⁶ GRAY, Peter. *International Thomson Business Press*, Autores varios, *Transnational Corporations and World Development*, Published by Routledge on behalf of the UNCTAD Division on Transnational Corporations and Investment, "The role of transnational corporations in international trade". Ed. International Thomson Business Press, London, England, UK, 1996, p. 261.

⁷ Cfr. OHMAE, Kenichi. *El mundo sin fronteras*, Mc. Graw Hill, México, 1995, p. 94.

⁸ Quiero aclarar que en el presente trabajo se usará de forma indistinta los calificativos de controladora, madre, dominatriz, e incluso el término anglicano "*holding*", al referirme a las empresas que tienen una participación accionaria de una o varias empresas a las que se denominarán filiales.

grupo de empresas. Resaltamos un elemento: se pretende centralizar las decisiones para coordinar a las empresas filiales y lograr un crecimiento conjunto.⁹

Tratadistas de la Administración¹⁰ sostienen que la creación de las EMNs obedecen a diversos factores como son:

A. Administrativos.

- Fuerza laboral.
- Decisiones centralizadas.
- Organización.
- Maximización de costos.
- Aspectos de comercialización.

B. Legales.

- Responsabilidad frente a terceros.
- Aspectos sindicales.
- Búsqueda de incentivos fiscales.

C. Reales.

- Capacidad económica.
- Capacidad administrativa.
- Capacidad humana.

Resumiendo lo expuesto en los párrafos anteriores, podemos afirmar que las EMNs son una realidad que responde a la dinámica dada en el mundo actual respecto del flujo comercial existente entre todos los países del mundo, y al afán por parte de las empresas de

⁹ Esto a diferencia de las sociedades cuya sola finalidad es invertir en acciones de otras empresas para obtener un beneficio propio, sin haber un interés directo por el crecimiento de las empresas de las que son accionistas, aunque si hay un interés indirecto, porque al crecer la empresa en la cual se ha invertido capital, lógicamente será en beneficio de la inversión original.

¹⁰ Véase JOHNSON OKHUYSEN, Eduardo. *Compañía Dominatriz. Holding Company*, Ed. Publicaciones Administrativas y Contables, México, 1981, p. 13.

expandirse y penetrar el mercado internacional así como incrementar sus utilidades con una reducción de costos.

1.2. CONCEPTO DE LAS EMNs.

Pese a haber analizado el origen y desarrollo de este tipo de empresa, resulta aventurado pero al mismo tiempo muy necesario para el desarrollo del tema establecer un concepto de las EMNs.

Para algunos teóricos de la Administración, las controladoras de este tipo de compañías son empresas con la única y exclusiva finalidad de tener integrado su capital contable con base en acciones que representen el capital social de otras compañías, o bien, alguna forma por la cual pueden obtener pleno control sobre el centro de decisiones que dirijan a la compañía que se quiere controlar.¹¹

Debemos partir de la base de que las EMNs son empresas, es decir, cada una de ellas es una persona moral (jurídica) que responde a la inquietud de varios socios de constituirla. Sin negar el hecho de que la responsabilidad jurídica de los socios que la constituyen es diferente a la personalidad de la persona moral como tal, dejaremos este principio para un análisis posterior.

Como segundo elemento de nuestro concepto podemos afirmar que la EMN es una persona moral o jurídica que no se limita a realizar actividades en el país de origen, sino que incursiona en el mercado internacional, por medio de la exportación y también en la ejecución de actividades económicas y comerciales en los demás países.

Johnson Okhuysen propone la siguiente definición para la empresa “dominatrix”: “aquella persona moral que tiene el control jurídico y administrativo de una o más sociedades o asociaciones”¹² Consideramos acertada la definición, pero escueta para el

¹¹ *Ibidem*, p. 11.

¹² *Ibidem* p. 15.

caso de EMNs, ya que no hace ninguna alusión al carácter internacional. Para John Dunning, la característica principal de este tipo de empresas es la propiedad o control en actividades en dos o más países.¹³

Sin ser nuestro propósito el aportar una definición extensa de este tipo de empresas, nos atrevemos a definir a la empresa multinacional como aquella empresa que tiene un control ya sea parcial o total en el establecimiento de los parámetros de dirección, organización y administración de una empresa establecida en un país distinto. Este control puede ejercerse de dos formas distintas: (i) una participación accionaria en la empresa filial (ya sea mayoritaria o minoritaria), o (ii) por medio de relaciones contractuales que doten a la empresa *holding* de cierta influencia sobre la empresa "filial" limitando y en ocasiones privando la autonomía de ésta.

En el caso de las empresas que tienen una participación accionaria en otra empresa, esto las convierte en propietarias y dueñas en la proporción que se establezca y de este porcentaje dependerá la influencia que puedan ejercer sobre ellas. En cambio en el segundo tipo de EMNs que surgen de una relación contractual, dicho vínculo jurídico se puede derivar en acuerdos de distribución¹⁴ o en acuerdos de producción (i.e. contrato de maquila).¹⁵ En este trabajo nos enfocaremos al análisis de las empresas que tienen

¹³ "Transnational corporations are enterprises which own or control value-added activities in two or more countries. The usual mode of ownership and control is by foreign direct investment (FDI), but TNCs may also engage in foreign production by means of cooperative alliances with foreign firms. Most of the literature on the determinants of TNCs and TNC activity, until recently at any rate, has been concerned with explaining foreign-owned production, i.e., production financed by FDI." Traducción: "Las empresas transnacionales son empresas que poseen o controlan actividades con valor agregado en dos o más países. El modo usual de propiedad y control es por inversión extranjera directa (IED), pero las empresas transnacionales pueden participar también a través de producción en el extranjero mediante esquemas de cooperación con firmas locales. La mayor parte de la literatura sobre las empresas transnacionales y las actividades de éstas, hasta fecha reciente, ha estado encaminada a explicar la producción de las empresas con capital extranjero, i.e. producción financiada por IED." DUNNING H, John, y otros *International Thomson Business Press, Transnational Corporations and World Development, Published by Routledge on behalf of the UNCTAD Division on Transnational Corporations and Investment, "The nature of transnational corporations and their activities"*. Ed. International Thomson Business Press, London, England, UK, 1996, p. 27.

¹⁴ Un ejemplo claro de este tipo de acuerdos es el que se deriva de contratos de distribución exclusiva, así como también de las franquicias en las que como sabemos la empresa se obliga a seguir un mismo tipo de funcionamiento que le es proporcionada por la empresa extranjera (*know how*).

¹⁵ En este caso, una empresa decide encargar la elaboración de un producto a otra empresa indicándole los parámetros de calidad e incluso la tecnología que se debe utilizar para la elaboración del mismo.

participación accionaria, y nos ocuparemos en otra ocasión del estudio de las que ejercen control parcial por medio de una relación contractual.

Causa de la ignorancia y motivo de confusión ha sido el uso indistinto de los adjetivos *transnacional* y *multinacional* con referencia a este tipo de empresa. No estando del todo de acuerdo con la postura de Díaz Müller, se considera conveniente transcribir íntegramente su posición respecto del significado de estos términos para realizar posteriormente la aclaración correspondiente:

Vamos a entender por empresa trasnacional (sic-transnacional) aquella (sic-aquella) que a partir de una casa matriz habitualmente situada en un país desarrollado, expande y universaliza sus actividades a nivel global, en beneficio de los intereses de los inversionistas del país central. Empresa multinacional, en cambio, es aquella organización productiva o de servicio, integrada por dos o más países miembros, con aportes de capital que pertenecen necesariamente a éstos, y destinada a fortalecer mecanismos de cooperación regional.¹⁶

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española no contempla el vocablo *transnacional*, y sí en cambio el término *multinacional* al definirlo como “sociedad mercantil o industrial cuyos intereses y actividades se hallan establecidos en muchos países”.¹⁷

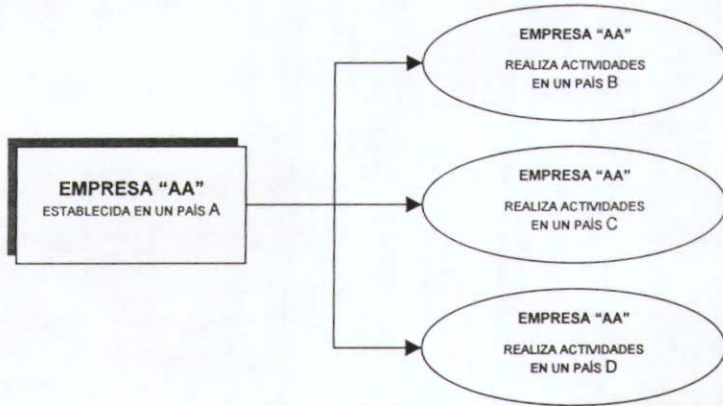
No obstante el vocablo utilizado por la Real Academia Española y el parecer de Díaz Müller, en mi opinión y con el objeto de contar con una diferenciación clara de ambos términos, me parece que aunque la empresa multinacional cuenta con aportes de capital provenientes de los diferentes países donde tiene filiales la empresa madre, esto no significa que no pueda haber una aportación principal proveniente del país sede de la empresa madre.

A nuestro parecer las denominaciones anteriores pueden distinguirse de la siguiente manera:

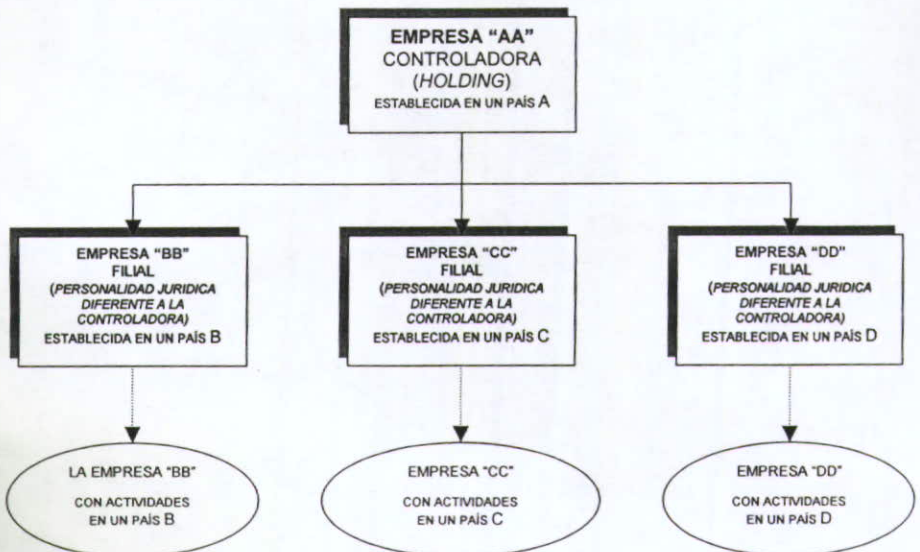
¹⁶ DIAZ MÜLLER, Luis. *El SELA y las Empresas Multinacionales Latinoamericanas*, UNAM, México, 1987, p. 53.

¹⁷ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 21ª ed., Madrid, 1992, tomo II p. 1415.

- a) *Empresa transnacional.*- Es aquella empresa que estando constituida en un solo país realiza operaciones comerciales en otros países, sin que esto signifique que sea socia o participe en una persona jurídica distinta.



- b) *Empresa multinacional.*- Es aquel agente económico que realiza operaciones en distintos países teniendo a la cabeza una empresa llamada controladora, la cual se encuentra establecida en un país, y que es socio de otras empresas llamadas filiales, que se encuentran establecidas en otros países como una persona jurídica diferente.



Independientemente del término multinacional o transnacional, no hay que perder de vista el aspecto internacional de las EMNs, que junto con la apertura comercial responden a una situación de hecho.¹⁸

Dentro del sistema de derecho anglosajón, la EMN en estricto sentido es un término que describe una empresa con centros de operación en varios países en contraste con una empresa "internacional" que tiene negocios en varios países pero que está establecida en uno solo.¹⁹

1.3. IMPORTANCIA DE LAS EMNs PARA LA ECONOMÍA.

El desequilibrio en las balanzas comerciales y de pagos orilla a las naciones subdesarrolladas a promover el establecimiento de grandes empresas que traerán como consecuencia reducir importaciones y exportar, para de esta manera poder aumentar la corriente de divisas; además dichas empresas de capital extranjero crean fuentes de trabajo, lo que hace que disminuya el desempleo.²⁰

Es difícil dudar del hecho de que el comercio en los últimos años —a partir de la última etapa del siglo XX— ha sido cada vez más un fenómeno internacional y en alguna medida este hecho ha ocasionado que también la producción industrial sea un fenómeno internacional.²¹

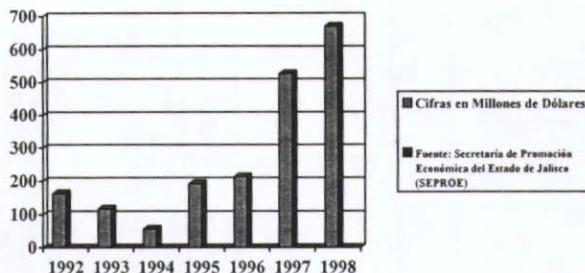
¹⁸ Cfr. BARRA MEXICANA COLEGIO DE ABOGADOS, Autores varios, *La Nueva Ley Sobre Comercio Exterior*, Ed. Porrúa, México, 1987, p. 20

¹⁹ Debido a la importancia que tienen los países de sistema anglosajón respecto de las empresas multinacionales, decidimos transcribir a continuación la definición que da el *Black's Law Dictionary* del término *Multinational corporation*. "In a strict sense this term is descriptive of a firm which has centers of operation in many countries in contrast to an "international" firm which does business in many countries but is based in only one country, though the terms are often used interchangeably". *Black's Law Dictionary Sixth Edition*, St Paul, Minn. West Publishing Co. 1990.

²⁰ Cfr. RUIZ MASSIEU, José Francisco. *Régimen Jurídico de las Empresas Multinacionales en la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio*, UNAM, México, 1972, p. 83.

²¹ Cfr. BARRA MEXICANA COLEGIO DE ABOGADOS, *op. cit.* p. 20

A lo largo de los últimos años, las EMNs han resultado ser uno de los factores que más influyen en la inversión extranjera de las distintas regiones. Nuestro país y en particular el estado de Jalisco, no han sido la excepción. A manera ilustrativa de la idea



anterior, me permito mostrar una gráfica de lo que ha sido la inversión extranjera directa en el estado de Jalisco en los últimos años.

Díaz Müller, al referirse a las finalidades de la EMN, sostiene que éstas son:

- Perfeccionamiento del proceso de integración económica.
- Desarrollo equilibrado y armónico.
- Fortalecimiento de la capacidad empresarial subregional.
- Aprovechamiento de las oportunidades de inversión del mercado ampliado.
- Facilitar la programación regional.
- Utilización de tecnología avanzada.
- Fortalecer la capacidad negociadora de la subregión para adquirir tecnología exterior.
- Acceso a los mercados internacionales de capital y organismos regionales de financiamiento.
- Aumento de la capacidad de la subregión para competir en mercados de terceros países.²²

²² DIAZ MÜLLER, Luis. *Op. cit.*, p. 49.

De lo anterior, el autor concluye que la finalidad de la empresa multinacional supone la capacidad de los sectores empresariales subregionales para modernizarse y aprovechar las ventajas del mercado ampliado, sumado a un apoyo gubernamental al proceso.

La importancia de las EMNs en la economía resulta obvia, si recordamos que al establecerse una de estas corporaciones aumenta el flujo de divisas y que al aumentar repercute en la economía de un país o incluso de una región. Veamos la opinión del maestro Santiago González Luna en cuanto a las ventajas de la inversión extranjera para el país anfitrión:

Los aspectos positivos de la inversión extranjera pueden resumirse en los siguientes:

Es una forma menos costosa de obtener recursos externos que completen el ahorro nacional. Su papel positivo se destaca frente a los créditos.

El retorno de la inversión se fija por la obtención de utilidades, y no por una tasa de interés contractual. Por tanto, el costo al país anfitrión depende de las condiciones de la economía local y de la administración de la empresa.

La inversión extranjera directa tiene un elemento de continuidad y renovación, dada la importancia de la reinversión de utilidades, pero sobre todo porque no se puede abandonar un activo fijo con la facilidad que se vende un bono.

Cualquier proyecto de inversión privada orientado a la producción de bienes o a la prestación de servicios, conlleva, además de los beneficios netos esperados por la empresa productora, la generación de efectos directos e indirectos de carácter macro.

Ayuda a solucionar los problemas de liquidez financiera y de escasez de divisas. Aunque en este respecto hay que tener en cuenta que a largo plazo esto puede no ser cierto, pues dadas las relaciones con la matriz, las empresas de inversión extranjera sacan más divisas de las que meten al país.

Contribuye al desarrollo económico a través de la incorporación creciente de insumos de contenido local, además de los gastos de fabricación directos e indirectos, concepto este último equivalente al de valor agregado.

Crea empleos permanentes y temporales, directos e indirectos.

Fomenta exportación.

Desarrolla el potencial de proveedores locales, que a su vez implica una transferencia positiva de tecnología.

Fomenta la capacitación y adiestramiento de obreros, técnicos y administradores que a su vez implica una positiva transferencia de tecnología.

Mayor integración de México en la economía global, que produce un efecto en cadena y la apertura de nuevas posibilidades.²³

Como es de suponerse, el beneficio de contar con inversión extranjera, dependerá del sector económico en el cual se de dicha inversión. En nuestro país en el año de 1998, la estructura de la inversión extranjera directa por sector económico se dio de la siguiente manera:²⁴

FUENTE: SECOFI
Dirección General de
Inversión Extranjera.



Además de los beneficios que hemos apuntado, hay quienes señalan que la inversión extranjera y de manera concreta, la que se realiza a través de las EMNs, conllevan beneficios para el desarrollo de los países en áreas como: cultura, política, alimentos, seguridad, medio ambiente, integración regional, etc.²⁵

²³ GONZÁLEZ LUNA MARSEIYE, Santiago. *Op. cit.*

²⁴ Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática, *Agenda Estadística 1999 Estados Unidos Mexicanos*, México 1999, p. 103.

²⁵ LALL, Sanjaya, y otros International Thomson Business Press, *Transnational Corporations and World Development*, Published by Routledge on behalf of the UNCTAD Division on Transnational Corporations and Investment, "Transnational corporations and economic development". Ed. International Thomson Business Press, London, England, UK, 1996, p. 61

1.4. PROYECCIÓN DE LAS EMNs EN EL FUTURO.

Para el futuro se percibe un panorama de cambios, dentro de los cuales se encuentra el hecho de que cada día aumenta la globalización económica e incluso política de los países. Las pequeñas empresas e industrias locales se ven imposibilitadas para competir con las grandes corporaciones internacionales, ocasionado que aumente el número de alianzas estratégicas, fusiones²⁶, escisiones²⁷, reglas antimonopólicas, *joint ventures*²⁸, y por tanto el surgimiento de empresas multinacionales que respondan a las exigencias de una economía de libre mercado.

A pesar de la opinión de algunos de que el crecimiento de las empresas y la aparición de las EMNs se ha visto limitada como consecuencia de una baja de la credibilidad en ellas y de la convicción en los procesos de unidad por lo que el futuro de la integración mundial pareciese cargado de incertidumbre; a mi parecer la aparición de tratados internacionales como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC), la integración de la Unión Europea, así como la homologación de las políticas económicas de los países, son muestras claras del proceso de globalización del mundo de finales del

²⁶ "Por fusión debe entenderse la reunión de dos o más patrimonios sociales, cuyos titulares desaparecen para dar nacimiento a uno nuevo, o cuando sobrevive un titular éste absorbe el patrimonio de todos y cada uno de los demás; en ambos casos el ente está formado por los mismos socios que constituían los entes anteriores y aquéllos en su caso, reciben nuevos títulos en sustitución de los que poseían, o se les reconoce la parte social correspondiente". Tomado de VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar. *Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles*, Ed. Porrúa, México, 3ª ed., 1987, p.276.

²⁷ El artículo 228 bis de la LGSM contempla la escisión y establece que: "Se da la escisión cuando una sociedad denominada escidente decide extinguirse y divide la totalidad o parte de su activo, pasivo y capital social en dos o más partes, que son aportadas en bloque a otras sociedades de nueva creación denominadas escindidas; o cuando la escidente, sin extinguirse, aporta en bloque parte de su activo, pasivo y capital social a otra u otras sociedades de nueva creación".

²⁸ *Joint venture* o *joint adventure* es un término de derecho anglosajón que se utiliza para cualquier asociación de personas (físicas o morales) que pretenden llevar a cabo un negocio, para lo cual combinan sus propiedades, dinero o conocimientos sobre el manejo de un negocio. Andrea Astolfi lo define así: "...con la expresión *joint venture corporation* se ha querido frecuentemente indicar una sociedad por acciones constituida con accionistas locales de los países receptores de la inversión y teniendo por objeto la organización de la ejecución de un subyacente contrato de *joint venture*, en el cual se han precisado las modalidades de actuación de la inversión, los aportes de los accionistas, las actividades cuya ejecución le han sido a él confiadas *pro-quota*, las cláusulas para insertar en el estatuto de la sociedad, instrumento de actuación del contrato que permite a los *co-venturers* gozar del beneficio de la responsabilidad limitada. El esquema de la sociedad por acciones asume, pues, una función instrumental frente al preliminar y subyacente contrato de *joint venture*". Citado por ARCE GARGOLLO, Javier. *Contratos Mercantiles Atípicos*, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 1996, p. 313 y ss.

siglo XX, lo que propicia el desarrollo y crecimiento de las EMNs para el principio del nuevo milenio.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS EMNs.

2.1. INSTITUCIONES JURÍDICAS BAJO LAS CUALES SE ESTABLECEN Y SON REGULADAS LAS EMNs.

Partiendo de la base de que las EMNs son una realidad jurídica y por tanto con unas características propias, es necesario precisar bajo qué institución jurídica se crean y se protegen.

En este capítulo se hace un análisis de las estructuras legales más usadas por las EMNs para su constitución y operación en otros países. La estructura que elijan está determinada por varios factores, entre los que sobresalen: la naturaleza del negocio, los costos de operación, el tamaño de la empresa por supuesto, las características propias de la compañía así como de los factores legales y económicos del país donde se constituyó o se encuentra la *holding*.

En ocasiones sucede que la forma legal elegida por las EMNs no corresponde exactamente a sus características, esto se debe a que como es natural cada país tiene un sistema legal distinto. Sin embargo, hay que afirmar que las empresas siempre eligen una estructura prevista por la ley del país huésped, que les permita operar con un máximo de flexibilidad y que defienda los intereses de los accionistas.

Resumiendo lo anterior, las EMNs gozan de una libertad para elegir la institución jurídica bajo la cual se constituirán, misma que se encuentra limitada por las formas previstas en cada país, las cuales podrán o no ser un traje a la medida de la empresa pero que son la única forma a través de la cual pueden operar en dichos países. La adopción de un modelo societario es determinante para el éxito o fracaso de las empresas en su esfuerzo de participación y expansión en el rubro económico por desarrollar. Es de advertir que conforme avance el desarrollo de las empresas y de los esquemas económicos utilizados

por las mismas, también se desarrollarán los sistemas legales que establecen las instituciones jurídicas para el funcionamiento de las EMNs. Tal es la importancia de la figura jurídica que adopte la empresa, que se deben considerar en forma minuciosa las ventajas y desventajas de cada una de las posibilidades corporativas con las que se cuentan con respecto a la actividad económica que se pretende implementar.

Si se comparte la idea de que las EMNs han sido creadas principalmente por factores de índole económico como resultado de un proceso de globalización internacional, resulta lógico determinar que son sociedades de naturaleza mercantil. Apoyando la idea anterior, Frisch Philipp sostiene que para los fines de la reglamentación de la agrupación de empresas debe tratarse de tales que tengan un fin económico o mercantil, es decir, de obtener ingresos.²⁹

Si bien es cierto que no existe un esquema común de instituciones jurídicas en el ámbito mundial que regule esta clase de empresas, también es cierto que las EMNs atienden a una naturaleza mercantil, ya que éstas cuentan principalmente con fines económicos e incluso de especulación mercantil. De esta manera estamos en posibilidad de eliminar a las sociedades de naturaleza civil.³⁰

2.2. ALGUNOS ESQUEMAS JURÍDICOS UTILIZADOS POR LAS EMNs EN DIFERENTES SISTEMAS JURÍDICOS.

Debido a que cada sistema legal contempla distintas formas jurídicas que se adaptan a las necesidades de cada país, resulta complicado establecer una figura jurídica que sea aplicable en todas las legislaciones. En este capítulo haremos una breve semblanza de algunas instituciones jurídicas contempladas en los sistemas legales de los Estados Unidos de América (sistema anglosajón), la Unión Europea, Japón y, por supuesto, México.

²⁹ Cfr. FRISCH PHILIPP, Walter. *Sociedad Anónima Mexicana*, Oxford University Press Harla, México, 1996, p. 639.

³⁰ Nuestra afirmación no significa que en un esquema de EMN no haya lugar para las sociedades civiles, ya que podrían incluirse para fines de la prestación de los servicios, es decir que una EMN cuente con una filial

Aunque en la mayoría de las ocasiones las empresas que pertenecen a una EMN pretenden elegir una forma jurídica que se asemeje a la de la empresa madre, hay ocasiones en que al tener empresas en varios países, hay grandes divergencias entre las empresas pertenecientes a la misma EMN. Sea cual sea el modelo societario elegido, deberán tomarse en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos:

- Los objetivos perseguidos por los socios.
- Los objetivos que pretenda la empresa por constituir.
- La relación deseada entre socios y accionistas.
- El capital social de la empresa que pretende constituirse.
- El tamaño de la empresa.
- La relación deseada entre los socios y los futuros acreedores.
- El tipo de administración.
- El tratamiento fiscal.
- Características de operación de la empresa (v. gr. empresa exportadora, maquiladora, etc.).

2.2.1. TIPOS DE CORPORACIONES EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.³¹

Como en todos los países, quienes pretenden constituir una empresa en los Estados Unidos de América deben decidir qué forma de organización se acomoda mejor a sus necesidades. Esto dependerá del giro económico del negocio, además de los intereses individuales de los socios que la constituyen. El sistema legal americano ofrece a los inversionistas tres formas principales de organización de negocios: (i) *partnership*, (ii)

de naturaleza civil cuyo objeto social sea la prestación de servicios a otra empresa filial o incluso a la misma sociedad controladora.

³¹ Basado principalmente en LEWIS D. Solomon, E. SCKWARTZ Donald, D. BAUMAN JEFFREY, J. WEISS Elliot. *Corporations Law and Policy, Materials and Problems*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1994, pp. 159-176.

corporation y (iii) *limited liability company*,³² las cuales trataremos de explicar de manera general. La existencia de estas figuras no presupone que se trate de figuras que se presenten como alternativa para las empresas, en función del alcance dimensional de las mismas. Cabe señalar que en los Estados Unidos de América la legislación en materia de sociedades corresponde a los Congresos Estatales, por lo que se deberá observar el ordenamiento estatal vigente para cada corporación constituida en ese país.³³

Antes de entrar al estudio de las figuras mencionadas en el párrafo precedente, hay que aclarar que como nuestro tema principal gira en torno a la organización de las EMNs, no analizaremos la figura jurídica que en el sistema legal anglosajón se conoce como *sole proprietorship*, la cual como su nombre lo indica³⁴ no atiende a ningún tipo de asociación de personas, sino que es el individuo en lo particular, siendo el único responsable de todas las obligaciones contraídas por el negocio que se trate,³⁵ sin mencionar lo irrisorio que resulta pensar que una persona individualmente maneje un negocio establecido en varios países del globo terráqueo; ni tampoco analizaremos la sociedad conocida como *Sub Chapter "S" Corporation* o Corporación "S" la cual no permite la participación de socios extranjeros.

2.2.1.1. Partnership.

Este tipo de figura jurídica representa una entidad en la que todos los participantes (propietarios) tienen responsabilidad ilimitada, facultad de dirección y manejo de la

³² Al tratarse en este apartado sobre los tipos de corporaciones de un sistema legal anglosajón, algunos términos son en idioma inglés y trataremos de respetar la identidad del sistema legal al que pertenecen, por lo que en lugar de intentar una traducción literal de dichos términos que pudiese ser inexacta, trataremos de explicarlos.

³³ Estas son las formas principales utilizadas en los Estados Unidos de América, sin que esto signifique que se excluye la posibilidad de contar con otras formas de sociedad de acuerdo a lo establecido por los diferentes ordenamientos norteamericanos. No obstante lo anterior, algunos Congresos Estatales han adoptado leyes "modelo" con el fin de lograr una "unificación" en materia de sociedades. Como caso peculiar se encuentra el del Estado de Delaware, ya que su legislación otorga ventajas corporativas que no se contemplan en los demás ordenamientos, lo que ha ocasionado que un porcentaje muy elevado de las empresas en los Estados Unidos de América se constituyan al amparo de la legislación de dicho Estado.

³⁴ Propietario Único.

³⁵ WM. FESSLER. *Alternatives to Incorporation for Persons in Quest of Profit*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 3a ed., 1991.

empresa, así como la posibilidad de actuar en representación de la sociedad y contraer obligaciones vinculatorias para todos los demás propietarios. Haciendo una comparación con nuestro sistema legal, este tipo de figura se puede equiparar a la Sociedad en Comandita Simple la cual explicaremos en el apartado 3.2.2.

Hay dos tipos de *partnership*: la (i) *general partnership* y (ii) *limited partnership*. En el primero, todos los socios tienen las mismas facultades y la misma responsabilidad. En el segundo, por lo menos uno de los socios tiene responsabilidad ilimitada a diferencia de los demás socios, teniendo aquél mayor facultad de dirección y manejo de la compañía.

A) *General Partnership*:

Este tipo de sociedad puede ser constituida entre dos o más personas físicas o incluso morales. Como ya apuntamos, todos los socios están sujetos a responsabilidad ilimitada, por lo que responden aun con su propio patrimonio por las obligaciones contraídas por la sociedad, incluyendo la responsabilidad por daños y perjuicios causados a terceros por la sociedad o cualquiera de los socios en representación de ésta. Esta sociedad se extingue cuando uno o varios socios se retire, fallezca o la sociedad sea declarada en quiebra. Como dato peculiar, esta sociedad no requiere de capital social mínimo fijo.

Podemos decir que la administración recae en los socios, quienes cuentan con derechos equitativos en el manejo y conducto de las operaciones del negocio social, teniendo un voto en cuanto a la administración sin contar la proporción de su participación en el capital social de la sociedad.³⁶ La transferencia de las participaciones sociales se encuentra limitada a la aprobación de los demás socios de forma unánime.

³⁶ Cfr. WILSON MOLINA, John M. Artículo titulado: "Los diversos tipos de sociedades mercantiles en los Estados Unidos de Norteamérica" publicado en *Jurídica. Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Número 27; 1997. p 336.

Otra peculiaridad que conviene transcribir es “el hecho de que cada socio recibe la calidad de agente social contando con facultades para contraer obligaciones en nombre y representación de la Sociedad ante terceros. Es decir, cualquier acto realizado por alguno de los socios que se encuentre dentro de las actividades normales de la Sociedad obligará a la Sociedad legalmente, siempre y cuando la persona con la cual el socio está realizando un acto jurídico no haya sido notificada de que dicho socio no posee la capacidad necesaria de representar y comprometer a la Sociedad”.³⁷ Obviamente tal capacidad puede ser limitada en los estatutos de la sociedad.

No obstante la ventaja que tienen todos los socios para participar en la administración de la sociedad –que no pareciese tan atractiva para las EMNs–, tiene una gran desventaja y es la responsabilidad ilimitada de cada uno de los socios para responder por la sociedad. Lo anterior nos lleva a concluir que no resulta ser una forma jurídica que pudiese acomodarse a las necesidades de las EMNs.

B) Limited Partnership:

Para la constitución de este tipo de sociedad se requiere de un socio que tenga el carácter de “general” y otro de “limitado”.

En cuanto a la responsabilidad y capacidad para administrar, son aplicables para los socios “generales” las mismas condiciones que para los socios de la *General Partnership*. En cuanto a la de los socios “limitados”, Wilson Molina las sintetiza de la siguiente manera:

- (i) Los socios limitados gozan de responsabilidad limitada, exponiendo únicamente el capital que hayan contribuido a la sociedad.

³⁷ *Ibidem*, p 337.

(ii) Los socios limitados no pueden participar en la administración de la sociedad. Sin embargo a través de la vía estatutaria se puede establecer su participación en el “control” de la empresa, cambiando su responsabilidad de limitada a ilimitada.

(iii) Los socios limitados sólo tienen derecho a ser informados sobre la administración. Para dicho efecto, los socios generales están obligados a entregar un informe detallando las operaciones de la sociedad.

(iv) En casos extraordinarios, los socios limitados podrán gozar de voto, si esto es estipulado en el contrato social, y los socios generales deberán obtener su consentimiento. En la actualidad, se permite que los socios limitados puedan participar en algunas operaciones de la organización sin perder su responsabilidad limitada. En este orden de ideas, los socios limitados podrán actuar como oficiales, directores o accionistas del socio general, votando en algunas de las decisiones, o actuando como consejeros.³⁸

Al existir por lo menos un socio con las características de los socios de la *general partnership*, es aplicable la principal desventaja para las EMNs mencionada en el breve análisis de la *limited partnership*.

2.2.1.2. Corporation.

El desarrollo histórico de las sociedades o corporaciones en el sistema anglosajón, muestra la aparición de la *corporation* o *company* destinada a las grandes empresas. No obstante, las necesidades de la práctica comercial hicieron imprescindible la existencia de reglas de carácter capitalista para pequeñas o medianas empresas, en las que hasta ese entonces predominaba el aspecto personalista, por lo que la costumbre fue haciendo flexible la *corporation*, hasta llegar a nuestros días, donde ésta responde a las expectativas y requerimientos económicos, organizacionales y funcionales de las empresas, sin importar su potencial económico.

A diferencia de la *partnership*, este tipo de sociedad está basada en principios de dirección y manejo centralizados y responsabilidad limitada de los accionistas. Como es

³⁸ *Ibidem*, p 342 y 343.

lógico en este tipo de figura, la *corporation* es una entidad con personalidad distinta a la de los accionistas. Hay que resaltar el hecho de que en la *corporation* el accionista (*shareholder*) no es responsable en lo personal por las deudas y obligaciones de la sociedad, a diferencia de los socios de la *general partnership* y los socios generales de la *limited partnership*. Siguiendo con la comparación de nuestro sistema legal, este tipo de sociedad se asemeja a la sociedad anónima.

Sus principales características son:

- (i) Legalmente, el objeto social es separado de la identidad de los accionistas, acreedores y administradores de la sociedad;
- (ii) Cuenta con una duración que puede ser perpetua;
- (iii) Se da una administración y operación centralizada;
- (iv) Los accionistas cuentan con una responsabilidad limitada;
- (v) Se tiene una libre disposición de acciones.³⁹

Como ya mencionamos, la administración es centralizada. Esto significa que los accionistas no tienen derecho a influir o adoptar decisiones en la administración de la empresa, ya que ésta recae en un Consejo de Administración (elegido por los accionistas). Para las operaciones diarias, el Consejo de Administración puede nombrar a uno o varios gerentes.

A diferencia de otras sociedades ya analizadas⁴⁰ y que es atractivo para empresas de gran tamaño como las EMNs, es que los accionistas únicamente responden por el monto de sus aportaciones, de tal manera que solo “arriesgan” el capital invertido en esa sociedad y no sus demás bienes. Hay una excepción para el anterior principio,⁴¹ la cual será materia del punto 4.3.

³⁹ *Ibidem*, p 328.

⁴⁰ *Vid supra* 2.2.1.1.

⁴¹ Esta excepción se da cuando se traspasa el velo de la corporación “*Piercing the corporate veil*” (término en inglés).

El manejo de las utilidades y pérdidas es flexible, ya que el Consejo de Administración decide sobre la distribución o reinversión de las utilidades obtenidas por la sociedad. Como es lógico, y como ocurre en el derecho mexicano, si las utilidades son repartidas entre los accionistas, se hará conforme a su participación social.

En lo que se refiere al tratamiento de carácter fiscal podemos decir que hay una doble imposición del impuesto: por un lado los impuestos a la utilidad de la empresa, y por otro lado los impuestos a la utilidad de cada accionista.

En conclusión, este es un tipo de sociedad factible de ser utilizado por las EMNs debido, como factores principales, a la responsabilidad limitada de los socios y sobre todo a la administración centralizada de la sociedad.

2.2.1.3. Limited Liability Company.

Anteriormente las únicas opciones eran la *partnership* y la *corporation*. Actualmente, con el reciente desarrollo de la *limited liability company* se cuenta con una figura jurídica en la cual se combina la responsabilidad limitada de la *corporation* con los beneficios fiscales de la *partnership*.

Al igual que en la *corporation*, la *limited liability company* es una entidad distinta a la de los propietarios que son llamados miembros (*members*). Estos miembros, como los accionistas, tienen una responsabilidad limitada y responden únicamente hasta el monto del capital invertido en la sociedad por cada uno de ellos.

Hay que aclarar que en este tipo de corporación no se necesita ningún socio que tenga alguna responsabilidad ilimitada como sucede en la figura jurídica que analizamos en el punto 2.2.1.1.

Respecto a la administración puede ser de dos formas:

- En proporción a la participación de cada uno de los socios (teniendo también la representación de la sociedad), y
- Mediante administración centralizada, ya sea con un órgano colegiado (Consejo de Administración) o mediante un Administrador Único.

En principio la distribución de las utilidades se realiza conforme al número de socios que han participado en el capital social, sin embargo se pueden establecer en los estatutos formas muy variables de distribución de utilidades.

Por lo anterior, los accionistas tienen una mayor flexibilidad en adoptar la forma organizacional que las necesidades de la empresa les demanden, que como sabemos en las EMNs son necesidades muy variantes, lo que convierte a la *limited liability company* en una de las figuras jurídicas favoritas de las EMNs; esto sin perjuicio de que en algunas ocasiones encuentran beneficios en otra estructura.

2.2.2. TIPOS DE CORPORACIONES MÁS USADAS EN LA UNIÓN EUROPEA.

Advertimos que en este apartado no se pretende analizar las formas legales previstas por los países europeos, sino únicamente mostrar algunas de las formas de organización más utilizadas por dichos países con el objeto de tener un panorama general de las figuras jurídicas que más se adaptan a las características de las EMNs.

Una vez hecha la aclaración anterior, pasemos al origen de las EMNs europeas. Su surgimiento se debe a lo que se conoce como fusión de empresas multinacionales (*transnational merger*).⁴² Estas formas de organización son el punto medio entre un grupo empresarial encabezado por una empresa madre y un *joint venture* realizado de empresas independientes. En Europa, la mayoría de las ocasiones este tipo de empresas ha surgido

⁴² Tomado de MUCHLINSKY, Peter. *Multinational Enterprises and the Law*, Blackwell, Oxford UK & Cambridge USA.

primeramente como un *joint venture*, posteriormente se fusionan y con el tiempo se transforman en una empresa multinacional.

Al tener su origen en fusiones de empresas, deben comentarse los aspectos que hay que tomar en cuenta, según el pensamiento europeo de negocios, y en este sentido son cuatro los factores que determinan la estructura legal que debe elegirse al fusionar dos compañías, los cuales deben considerarse antes de convertirla en una EMN. A continuación se enumeran explicando en forma breve cada uno de ellos:

- (i) No se debe alterar ni modificar la participación accionaria de las compañías que se unen. La solución es crear una tercera empresa en donde ambas compañías participen en las proporciones elegidas.
- (ii) El objetivo de una fusión entre dos compañías es la realización de una gran economía de escala que sea mayor que la que pudiera crear la empresa ya existente.
- (iii) Los derechos de los accionistas de ambas empresas que intentan fusionarse deben ser protegidos.
- (iv) La unión de las empresas debe considerar y tomar en cuenta los efectos fiscales que la misma produce.

Generalmente, las fusiones se dan entre empresas de diferente tamaño, lo que lleva a una ardua tarea de negociaciones que en la mayoría de los casos terminan en un rompimiento. Un ejemplo de lo anterior, es el caso del intento de fusión entre las aerolíneas British Airways y KLM Royal Dutch Airlines, en donde la primera que, era de mayor tamaño, intentó fusionarse con la segunda, misma que solicitaba que sus acciones representaran un 40% de la nueva compañía, lo que ocasionó que la fusión no se realizara ya que British Airways era de mucho mayor tamaño.⁴³ Para que una fusión pueda considerarse exitosa, no debe considerarse fríamente la valuación de las empresa para establecer una configuración accionaria justa, ya que en todo caso deberán plasmarse derechos de la minoría accionaria para el control de la empresa.

⁴³ Tomado de MUCHLINSKY, Peter, *Op. cit.*

A manera de conclusión, podemos afirmar que lo que caracteriza la estructura organizacional de las EMNs europeas, y por tanto el esquema jurídico que se maneja, es el hecho de que tienen su origen en fusiones de diferentes compañías.

2.2.3. TIPOS DE CORPORACIONES JAPONESAS (*KEIRETSUS*).⁴⁴

Las EMNs japonesas se encuentran fuertemente influidas por la Ley de 1947 la que se llamó "*Law on Prohibition of Private Monopoly and Ensuring of Fair Trade*",⁴⁵ la cual es una ley antimonopólica. Esta fue creada por los aliados que ocupaban Japón al finalizar la Segunda Guerra Mundial a través del organismo conocido como *Supreme Commander for Allied Powers (SCAP)*,⁴⁶ mismo que —en opinión de algunos— tenía como objetivo el debilitamiento económico del país.

Antes de la Segunda Guerra Mundial, la economía nipona estaba dominada por grupos empresariales llamados "*zaibatsus*", que eran encabezados por una compañía familiar que en ocasiones contaban incluso con su propio banco.⁴⁷ Estos grupos se disolvieron entre los años de 1945 y 1946. La ya citada ley intentó prohibir el resurgimiento de los *zaibatsus* al establecer en su artículo 9º la prohibición de empresas cuyo negocio principal fuera controlar actividades de otras compañías a través de la adquisición de acciones.

El único camino que encontraron los japoneses fue el de tener empresas que tuvieran algún tipo de actividad productiva y comercial y que a su vez fueran socios de otra

⁴⁴ Tomado de MUCHLINSKY, Peter, *Op. cit.*

⁴⁵ Traducción: "Ley de Prohibición de Monopolios Privados y Aseguramiento del Comercio Justo."

⁴⁶ Traducción: "Comando Supremo para las Fuerzas Aliadas".

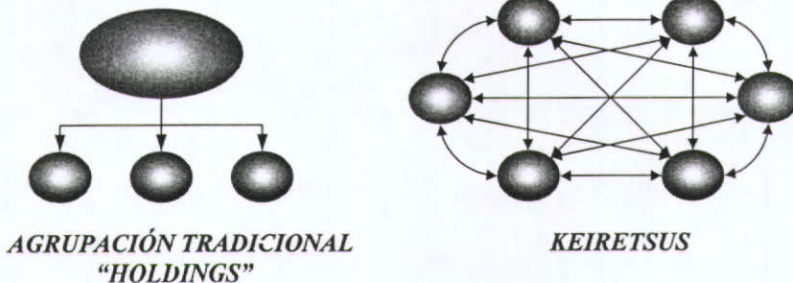
⁴⁷ Sobre *zaibatsus* véase SAUVANT Karl P., MALLAMPALLY y otros International Thomson Business Press, *Transnational Corporations and World Development, Published by Routledge on behalf of the UNCTAD Division on Transnational Corporations and Investment, "Transnational corporations in services"*. Ed. International Thomson Business Press, London, England, UK, 1996, p. 368.

y no se dedicaran únicamente al control y manejo de otras empresas como era el caso de los *zaibatsus*.

Lo anterior dio origen a un nuevo tipo de grupos empresariales conocidos como los *keiretsus*. Este tipo de corporaciones se caracterizan por ser pequeñas, con una política de coordinación gerencial. Los *keiretsus* se dividen en dos principales grupos: (i) los que derivan de los anteriores *zaibatsus* que intentaron ser eliminados después de la Guerra (tal es el caso de Mitsubishi o las tres instituciones bancarias conocidas como “bancos *keiretsus*”: (1)Fuji Bank, (2)Sanwa Bank y el (3)Daiichi Kangyo Bank); y el segundo grupo son (ii) de tipo industrial (como es el caso de Toyota).

La citada ley de 1947, prohibía que las empresas fueran accionistas de más del 50% del capital de otras compañías, lo que obligó a que hubiera participación de distintas corporaciones ocasionando en un corto tiempo la creación de *joint ventures*.

Hay una característica propia de los *keiretsus* que los hacen diferentes de las tradicionales *holdings* y es el hecho de que su agrupación tiene una estructura lineal y horizontal a diferencia de una piramidal, esto es que no hay una empresa que dirija a las demás sino que es un conjunto de empresas de igual jerarquía que se agrupan entre sí.



En estas dos figuras puede apreciarse claramente la diferencia organizacional que existe entre estas dos formas de agrupación de empresas.

Haremos un breve paréntesis para comentar acerca de la posibilidad del funcionamiento de un sistema empresarial similar a los *keiretsus* en nuestro país.

Tradicionalmente las empresas en México se han caracterizado por pertenecer a un porcentaje muy reducido de la población. Esto nos conduce a afirmar que en México las empresas –incluyendo su manejo y control– se encuentran depositadas en manos de muy pocos individuos. Llama la atención de manera especial la existencia de las coloquialmente denominadas *empresas familiares*⁴⁸ –en ocasiones de gran tamaño– en las cuales las decisiones se toman por un solo individuo o en el mejor de los casos por muy pocas personas. Esto lleva a una incapacidad del empresario mexicano para asociarse en un mismo nivel jerárquico con otras empresas, ya que eso implicaría el tener que compartir la toma de decisiones, a lo cual el empresario “tradicional” no está acostumbrado. Por supuesto, no negamos la existencia de grupos empresariales que intentan formarse con las características de los *keiretsus* y que incluso son ejemplares, únicamente estamos conscientes de las dificultades que plantea para el empresario tradicional mexicano el establecer un esquema de esta naturaleza del cual somos partidarios y defensores.

2.2.4. TIPO DE SOCIEDAD UTILIZADA POR LAS EMNs EN MÉXICO.

Es claro que una sociedad extranjera puede actuar con personalidad jurídica en nuestro país y en este sentido la Ley General de Sociedades Mercantiles (“LGSM”) establece que “Las sociedades extranjeras legalmente constituidas tienen personalidad jurídica en la República”.⁴⁹ Aunque sí se les reconoce su personalidad jurídica, para realizar actos de comercio se requiere de permiso de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. Véase lo que establece la Ley de Inversiones Extranjeras:

⁴⁸ Entiéndase por empresa familiar aquélla en la cual todos los socios o por lo menos los principales, pertenecen a una misma familia. Es lógico este tipo de empresas en negocios pequeños, aunque en empresas de gran tamaño puede significar un problema para el manejo eficaz de la misma, ya que puede estar viciada de nepotismo.

⁴⁹ Artículo 250 de la LGSM

Artículo 17.- Sin perjuicio de lo establecido en los tratados y convenios internacionales de los que México sea parte, deberán obtener autorización de la Secretaría:

I. Las personas morales extranjeras que pretendan realizar habitualmente actos de comercio en la República, y

II. Las personas a que se refiere el artículo 2,376 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal, que pretendan establecerse en la República y que no estén reguladas por leyes distintas a dicho Código.

No obstante tener su personalidad jurídica reconocida, es necesaria su constitución como sociedad mexicana aunque sea con capital extranjero, ya que como señalamos, en el caso de una empresa extranjera que actuara en nuestro país sin estar constituida legalmente, estaríamos ante una empresa de carácter transnacional y no multinacional que es nuestro objeto de estudio.⁵⁰ En este punto trataremos de establecer con qué carácter suelen establecerse en nuestro país, en otras palabras, determinar cuál es la figura jurídica prevista por nuestra legislación que resulta favorita para las EMNs.

Como ya se apuntó en el apartado 2.1, no resulta adecuado clasificarlas dentro del derecho civil en donde las sociedades se clasifican en:

- (i) Asociaciones civiles.
- (ii) Sociedades civiles.
- (iii) Fundaciones.⁵¹

La afirmación anterior se debe a que las **asociaciones civiles** deben contar con un fin que no tenga carácter preponderantemente económico,⁵² lo que resulta imposible para una EMNs; tampoco cabe en la figura de las **sociedades civiles** que aunque su fin es de carácter preponderantemente económico no constituye una especulación comercial.⁵³ Menos aún el ubicarlas dentro de la figura jurídica de las **fundaciones**, la cual es prevista por el Código Civil del Estado de Jalisco, ya que éstas tienen por objeto afectar

⁵⁰ Vid *Supra* 1.2

⁵¹ Figura prevista por la Fracción X del artículo 161 del Código Civil del Estado de Jalisco.

⁵² Artículo 2670 del Código Civil para el Distrito Federal.

⁵³ Artículo 2688 del Código Civil para el Distrito Federal.

determinados bienes de propiedad particular, fomentar actividades científicas, culturales, asistenciales o deportivas, sin que por ningún motivo puedan considerarse esos fines objeto de especulación.⁵⁴ Una vez contemplado lo anterior podemos afirmar que la figura jurídica elegida por las EMNs deberá ser de naturaleza mercantil⁵⁵.

El problema no se agota en determinar que las EMNs son sociedades de carácter mercantil, ya que es necesario determinar bajo qué tipo de sociedad mercantil les es conveniente constituirse y si con eso se satisfacen todas las necesidades de sus características esenciales.

En el punto 3.2 analizaremos los tipos de sociedades mercantiles que contempla nuestra legislación. Por el momento nos limitaremos a exponer en forma somera las razones por las que es elegida la sociedad anónima por la mayoría de las EMNs que operan en nuestro país.

La sociedad anónima es la figura jurídica favorita de las EMNs elegida para establecerse en este país. Las sociedades anónimas son definidas como aquéllas que existen bajo una denominación social y se componen exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones.⁵⁶

Si bien es cierto que su regulación es mucho más amplia que la de los demás tipos de sociedades, también es verdad que su campo de organización y actuación es mucho más extenso, lo que permite que sea más adecuado para el desenvolvimiento de las EMNs y que les permita satisfacer las necesidades tanto de las mismas compañías como del entorno económico de carácter nacional e internacional, sirviendo para atraer capitales dispersos (incluso extranjeros) y estimular la inversión en la sociedad de parte de inversionistas privados.

⁵⁴ Artículo 190 del Código Civil para el Estado de Jalisco.

⁵⁵ Se hace la aclaración de que el estudio de este trabajo atiende únicamente a las EMNs de carácter comercial, ya que pudiesen existir empresas con fines asistenciales que se encuentren en diversos países por lo que también tendrían carácter de multinacionales y en este caso tal vez podrían adaptarse a las figuras jurídicas previstas por nuestra legislación civil.

⁵⁶ Artículo 87 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Otra de las ventajas de la sociedad anónima para las EMNs, es que la responsabilidad de los socios se limita al pago de sus aportaciones. De esta manera las empresas controladoras se encuentran protegidas y únicamente responden por el monto de lo invertido en la sociedad constituida. Este punto es de interesante análisis, ya que como más adelante comentaremos, en algunos países se ha encontrado un “límite” al principio general de que la responsabilidad de los socios se limita al monto de sus aportaciones.⁵⁷

Además las funciones económicas de la sociedad anónima responden a las finalidades de las EMNs; estas funciones pueden ser muy variadas y a nuestro parecer se pueden resumir en la forma acertada en que lo hace Guadarrama López:

Desde que se configuró legislativamente el tipo SA en el siglo XIX, las ventajas y atractivos técnico-jurídicos que ofrece el ordenamiento para adoptar esa sociedad o, para ingresar en ella, básicamente son:

La limitación de responsabilidad de los socios frente a terceros, con lo cual aquéllos no pueden ser impelidos a responder a los requerimientos que pudieran dirigirse los acreedores de la sociedad por concepto de deudas sociales, ni a aportar mayor cantidad de la que resulte del total de las acciones suscritas;

La división del capital social en acciones, lo que implica, por una parte, hacer viable el amasamiento de grandes cantidades de dinero mediante pequeñas aportaciones y, por otro lado, el establecimiento y conocimiento en el acto constitutivo del total de puestos abstractos de socio que vendrán a ser cubiertos por las personas que suscriban las acciones (la posición de socio se determina en función de la acción de la cual se es titular). Lo relevante para la sociedad es la persona de los socios. La sociedad no descansa en éstos sino en los puestos abstractos de socio ligados a la acción;

La negociabilidad de las acciones derivada de su carácter de título-valor, lo cual al tiempo que posibilita transmitir las acciones en cualquier momento, elimina el peligro de permanecer indefinidamente en la sociedad;

La estructura orgánica impersonal, que favorece dentro de la sociedad la conexión propiedad-poder de decisión, es decir, estrecha el vínculo existente entre el poder y el riesgo de empresa. Por ello existe la preeminencia y supremacía de la junta general (concentra a

los titulares de las acciones) sobre el órgano de administración (encargado de la gestión social). Entre ambos órganos surge una relación de mandato, gracias a la cual la participación del socio en la gestión social tiene un carácter indirecto e impersonal.

Por otra parte, rige el principio de la mayoría dentro de la junta, adoptando sobre la base del capital y no del número de socios. Se conserva así la proporcionalidad entre la participación en el riesgo empresarial y la colaboración en la dirección de la empresa, al tiempo que se consigue no paralizar el funcionamiento de la sociedad.⁵⁸

De las anteriores finalidades, todas son buscadas por los propietarios de las EMNs, o al menos no son contrarias a sus intereses, por lo que, si éstas son las de la sociedad anónima, resulta claro que es la figura jurídica propicia para las EMNs, o que no va en contra ni en perjuicio de la naturaleza jurídica de este tipo de empresas.

Don Jorge Barrera Graf, considera como rasgo distintivo de la sociedad anónima a la concentración de varias sociedades; al efecto sostiene:

...distingue a la SA la posibilidad y tendencia cada vez mayor de acudir a fenómenos de concentración económica (...), ya sea absorbiendo a otras empresas (mediante la fusión), ya creando nuevas, escindiendo y dividiendo su patrimonio, ya, en fin, agrupándose con otras empresas, creando conglomerados, uniones ("Konzerns") para el manejo del mercado y para poder ofrecerle bienes o servicios de mejor calidad, de menor precio y en mayores cantidades. Estos fenómenos, tan claros en la actual etapa económica en que vive México y sobre todo, el mundo occidental, y que dan lugar a abusos y a la constitución de monopolios y oligopolios, que en todos los países capitalistas tienden a ser combatidos, o cuando menos, restringidos, se plantean en torno a las sociedades anónimas cuya estructura e idiosincrasia (*sic*, por idiosincrasia) permiten dichas prácticas.⁵⁹

⁵⁷ Vid *Infra* punto 4.2.

⁵⁸ GUADARRAMA LÓPEZ, Enrique. *Las Sociedades Anónimas*, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1995, p. 18.

⁵⁹ BARRERA GRAF, Jorge. *Instituciones de Derecho Mercantil*, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1991, pp.399-400.

Una de las características de las EMNs, es el tamaño de su organización, y la sociedad anónima posee una estructura jurídica que la hace especialmente adecuada para realizar empresas de gran magnitud, que normalmente quedan fuera del campo de acción de los individuos o de las sociedades de tipo personalista⁶⁰ En este sentido, considero que el tratadista Walter Frisch expresa de una manera clara por qué la conveniencia de que las EMNs se constituyan al amparo de la sociedad anónima, por lo que me permito transcribir a continuación su postura:

El derecho sobre la agrupación de empresas no pertenece esencialmente a las normas sobre la sociedad anónima, máxime que el concepto de agrupación no supone, por su esencia, que una sociedad anónima participe en la agrupación mencionada.

Sin embargo, desde el punto de vista práctico la agrupación de empresas se forma, en la gran mayoría de los casos, con la participación de empresas que ostentan la forma de la sociedad anónima, debido a que la agrupación se constituye habitualmente entre empresas de gran tamaño.⁶¹

Las sociedades anónimas han sido consideradas como el máximo ejemplo de las *sociedades capitalistas*, en las que son fundamentales las aportaciones de cada socio, y no fundamental la persona en sí. Es conveniente tener clara esta idea a la hora de analizar las limitaciones al principio de la personalidad distinta entre los socios y la sociedad.

Al ser la figura más utilizada por las EMNs en nuestro país, resulta necesario hacer un análisis más profundo de este tipo de sociedad, por lo que en el próximo capítulo los abordaremos, además de las otras sociedades contempladas por nuestra legislación.

⁶⁰ Cfr. MANTILLA MOLINA, Roberto L. *Derecho Mercantil*, 17ª ed., Ed. Porrúa, México, 1977 pp. 324.

⁶¹ FRISCH PHILIPP, Walter. *Op. cit.*, p. 641.

3. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN MEXICANA RESPECTO A LAS EMNs.

Una vez realizado un breve análisis de algunas figuras jurídicas contempladas por algunos países, en este capítulo veremos las EMNs y la regulación a la cual están sujetas en nuestro país. Primeramente abordaremos algunos aspectos de carácter constitucional, posteriormente seguiremos con un análisis más profundo de los distintos tipos de sociedades mercantiles contemplados por nuestra legislación deteniéndonos de manera más amplia en el estudio de la sociedad anónima, que como ya se apuntó es la más utilizada.⁶² Por supuesto analizaremos aquellas leyes que por la naturaleza de las EMNs sirven también como marco regulatorio.

3.1. Aspectos Constitucionales.

Al ser la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (“CPEUM”) el fundamento y origen de todas las leyes de nuestro país, no podemos entrar al análisis de la legislación en materia de sociedades mercantiles pasando por alto los aspectos constitucionales en torno a la regulación en materia económica. Cabe advertir que en el caso de la regulación constitucional económica, ésta se ve afectada por la política económica del Gobierno de la República, de tal forma que las disposiciones constitucionales se han visto modificadas dependiendo de diversos factores políticos y de forma particular en materia de política económica y política exterior de cada gobierno.

En este apartado, trataremos las principales facultades de los órganos de gobierno conferidas por la CPEUM, y un breve análisis en torno a las disposiciones constitucionales en materia de política económica.

⁶² *Vid supra* 2.2.4

Aunque pudiese parecer improductivo e innecesario para el objeto de este trabajo, a mi parecer es importante transcribir algunas de las disposiciones más importantes que tienen los distintos poderes federales en México –sobre todo del poder legislativo– que de manera directa o indirecta tienen importancia en materia económica y por tanto para las EMNs.⁶³

El maestro Gatt Corona explica que la relevancia de las facultades en relación con el tema de la nacionalidad y migración “sólo tiene relevancia de manera indirecta, al propiciar y fortalecer las posibilidades de recibir inversión extranjera sólida y no sólo los denominados *capitales golondrinos*”.

El artículo 73 de la CPEUM establece las facultades en materia económica del H. Congreso de la Unión:

Artículo 73.- El Congreso tiene facultad: (...)

VII.- Para imponer las contribuciones necesarias a cubrir el presupuesto.

VIII.- Para dar las bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos sobre el crédito de la Nación, para aprobar esos mismos empréstitos y para reconocer y mandar pagar la deuda nacional. Ningún empréstito podrá celebrarse sino para la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos, salvo los que se realicen con propósitos de regulación monetaria (...)

IX.- Para impedir que en el comercio de Estado a Estado se establezcan restricciones;

X.- Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros (...)

XVI.- Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República (...)

⁶³ Análisis basado de GATT CORONA, Guillermo A. *Apuntes del curso “Disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia Económica”* impartido por el LL.M. Guillermo A. Gatt Corona en la Universidad de La Habana, Cuba del día 4 al 8 de enero de 1999.

XVIII.- Para establecer casas de moneda, fijar las condiciones que ésta deba tener, dictar reglas para determinar el valor relativo de la moneda extranjera y adoptar un sistema general de pesas y medidas;

XXIX-A. Para establecer contribuciones:

1°. Sobre el comercio exterior (...)

XXIX-D.- Para expedir leyes sobre planeación nacional del desarrollo económico y social;

XXIX-E.- Para expedir leyes para la programación, promoción, concertación y ejecución de acciones de orden económico, especialmente las referentes al abasto y otras que tengan como fin la producción suficiente y oportuna de bienes y servicios, social y nacionalmente necesarios;

XXIX-F.- 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;

XXX.- Para expedir todas las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión.

Las facultades en materia económica de la Cámara de Diputados se encuentran contempladas en el artículo 74 de la CPEUM:

Artículo 74.- Son facultades exclusivas de la Cámara de Diputados: (...)

IV.- Examinar, discutir y aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación...;

Para el Presidente de la República (poder ejecutivo) las facultades que en materia económica se le confieren en la CPEUM, se encuentran en el artículo 89:

Artículo 89.- Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

I. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia; (...)

X.- Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y la seguridad internacionales;...

Cabe hacer la aclaración que únicamente hemos hecho alusión a las facultades de los poderes de la Federación, sin tomar en cuenta las facultades y obligaciones de los estados y de los municipios en materia económica, que como sabemos cada vez tienen mayor participación en la política económica y en la relación con EMNs. Las entidades federativas les confieren las facultades que no se encuentren conferidas a la Federación:

“Artículo 124.- Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”.

Hasta ahora, sólo hemos hecho referencia a las atribuciones de los poderes de la Unión en materia económica. Resulta necesario detenernos en el análisis de los artículos 25 al 28 de la CPEUM, que es la parte de nuestra Carta Magna donde se encuentra principalmente plasmada la política económica de nuestro país.

En opinión de Gatt Corona, la CPEUM *“reconoce una corresponsabilidad de los sectores público, social y privado en relación con el logro del desarrollo económico nacional, otorgando al primero la responsabilidad en materia de áreas estratégicas, tales como correo, telégrafos, radiotelegrafía, petróleo y otros hidrocarburos, petroquímica básica, minerales radioactivos, generación de energía nuclear y electricidad”*.⁶⁴

Por razones de orden, haremos un breve análisis de cada uno de los artículos de la CPEUM que tienen importancia en materia económica (del 25 al 28).

⁶⁴ GATT CORONA, Guillermo A. *Ibidem*.

Artículo 25 Constitucional.

El artículo 25 onstitucional,⁶⁵ deposita en el Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable. Además establece que “...la ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional...”.

Artículo 26 Constitucional.

Corresponde el Estado el organizar un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional. La CPEUM señala las características propias de la planeación para el crecimiento de la economía: (i) solidez, (ii) dinamismo, (iii) permanencia y, (iv) equidad.

Artículo 27 Constitucional.

Al artículo 27 Constitucional se caracteriza por establecer las políticas en materia de propiedad, tenencia de la tierra y de propiedad originaria y derivada de tierras y aguas contenidas dentro del territorio nacional. En este artículo se plasma el derecho a la propiedad privada. Es interesante comentar que en este artículo la CPEUM, limita la posible adquisición por personas a extensiones determinadas y excluye algunas como propiedad de la Nación; en concreto, a los extranjeros impone las siguientes limitaciones:

“I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse

⁶⁵ Reformado según publicación en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de junio de 1999.

como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas.”⁶⁶

Como se puede apreciar el principio general consiste en que los extranjeros no podrán adquirir el dominio de inmuebles; aunque la misma CPEUM concede la posibilidad a los extranjeros el derecho a adquirir inmuebles *siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes*. La anterior concesión se otorga a los *extranjeros*, habrá que precisar si al referirse a extranjeros comprende también a las personas morales extranjeras o únicamente a personas físicas. Tal parece que el texto concede únicamente el derecho a las personas físicas extranjeras, ya que cuando hace referencia a los nacionales, claramente distingue entre personas físicas y personas morales. De lo anterior se suscita una polémica en relación con el alcance de la expresión “extranjeros”. Por un lado hay quienes opinan que el artículo 27 de la CPEUM usa el término “extranjeros” para referirse solo a personas físicas; y por otro lado hay quienes consideran que en virtud de las reformas a la Ley de Inversión Extranjera de diciembre de 1996 se amplía el término para comprender a las sociedades extranjeras.⁶⁷ A pesar de la anterior discusión, la Secretaría de Relaciones Exteriores considera que sí comprende a las personas morales extranjeras. Esta afirmación se desprende del “Acuerdo Desregulatorio de la Secretaría de Relaciones Exteriores”,⁶⁸ donde incluye dentro de los trámites ante la Dirección General de Asuntos Jurídicos el “permiso de adquisición de bienes inmuebles en territorio nacional por personas físicas o morales extranjeras”. Además el Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras⁶⁹ en el capítulo relativo a la adquisición de bienes inmuebles hace referencia a las personas morales:

⁶⁶ Artículo 27 de la CPEUM, párrafo 9º, fracción I.

⁶⁷ Artículo 10 de la Ley de Inversión Extranjera.

⁶⁸ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de octubre de 1996.

⁶⁹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de septiembre de 1998.

Artículo 8.- En los términos de lo dispuesto por el artículo 10A de la Ley, para que las personas físicas y morales extranjeras puedan acceder al dominio de bienes inmuebles ubicados fuera de la zona restringida, u obtener concesiones para la explotación de aguas en territorio nacional, deben:

Convenir por escrito ante la Secretaría de Relaciones Exteriores lo dispuesto en la fracción I del artículo 27 Constitucional, en relación a las concesiones o inmuebles de que se trate, precisando en este último supuesto, la forma y porcentaje de adquisición;

Acreditar la capacidad jurídica del solicitante. La personas físicas deberán acreditar, en su caso, su legal estancia en el país y la calidad migratoria que, en los términos de la ley de la materia, les permita realizar el acto jurídico de que se trate. *En el caso de personas morales, deberá acreditarse su legal existencia mediante la presentación de los documentos previstos en la fracción I del artículo 21 de este Reglamento o mediante la presentación de una copia de la autorización a la que se refiere el artículo 17 de la Ley.*

Los documentos señalados en el párrafo anterior deberán estar legalizados ante cónsul mexicano o, cuando resulte aplicable, apostillados de conformidad con el decreto de Promulgación de la Convención por la que se suprime el requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros.⁷⁰ Los documentos que se presenten en un idioma distinto al español deberán acompañarse con su traducción hecha por perito traductor;

Acompañar, en su caso, un anexo que contenga la superficie, medidas y colindancias del inmueble, y

Cubrir, en su caso, los derechos establecidos en la Ley Federal de Derechos.

Para celebrar el convenio a que se refiere la fracción I del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a través de representante legal, éste debe contar con poder especial, determinándose expresamente en una de sus cláusulas el convenio y la renuncia a que se refiere dicha disposición constitucional, o con poder general para actos de dominio que satisfaga los requisitos establecidos por la legislación aplicable.

Tratándose de concesiones para la exploración y explotación de minas se estará a lo dispuesto en la legislación de la materia y su reglamento.⁷¹

Cabe hacer mención que para contrarrestar la prohibición para adquirir el dominio directo sobre el territorio de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las

⁷⁰ La Convención por la que se suprime el Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros firmada en La Haya el 5 de octubre de 1961 fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 17 de enero de 1994.

⁷¹ Artículo 8 del Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera.

playas, es muy común utilizar la figura jurídica del fideicomiso, en la cual el titular del dominio es una institución bancaria que funge como fiduciario.⁷² Se aclara que por no ser tema central de este trabajo, no entra aquí el análisis de la figura jurídica del fideicomiso.⁷³

Por lo anterior, queda claro que existe una prohibición para las empresas transnacionales que pretenden internarse en el país sin constituirse como una sociedad mexicana y que desean adquirir algún inmueble dentro de la zona restringida. Para las empresas constituidas conforme a nuestra legislación, el panorama no es tan radical.

Fuera de la zona restringida no existe ninguna limitación para las EMNs de adquirir el dominio de bienes inmuebles, salvo lo establecido por la fracción IV del artículo 27 de la CPEUM que establece las siguientes limitaciones:

...IV. Las sociedades mercantiles por acciones podrán ser propietarias de terrenos rústicos pero únicamente por la extensión que sea necesaria para el cumplimiento de su objeto.

En ningún caso las sociedades de esta clase podrán tener en propiedad tierras dedicadas a actividades agrícolas, ganaderas o forestales en mayor extensión que la respectiva equivalente a veinticinco veces los límites señalados por la fracción XV de este artículo...

El principio establecido por nuestra Constitución es recogido por la Ley de Inversión Extranjera que en su artículo 10 establece lo siguiente:

⁷² El artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria". La ley no define al fideicomiso como tal, sino que únicamente expone sus consecuencias técnico-jurídicas. Creemos conveniente citar las características esenciales de esta institución según Dávalos Mejía: "– Consiste en el desprendimiento y afectación de parte de un patrimonio, a la realización de un fin. – En consecuencia, implica una transmisión real de los bienes afectados. – El fin perseguido debe ser lícito y determinado (...). – La realización del fin no queda a cargo de aquel (*sic*) que se desprendió de los bienes, sino de aquel (*sic*) a quien se transmitieron, en todo caso una institución fiduciaria. – La obtención de tal fin podrá o no tener un destinatario específico, que en la materia se denomina fideicomisario". DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe. *Derecho Bancario y Contratos de Crédito*, Editorial Harla, 2ª ed., México, 1992, p. 387

⁷³ Sobre el tema véase DAVIS, Reginald L, *Industria Maquiladora y Subsidiarias de Co-inversión, Régimen Jurídico y Corporativo*. Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1985, p. 167.

“Artículo 10.- De conformidad con lo dispuesto por la fracción I del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros o que hayan celebrado el convenio a que se refiere dicho precepto, podrán adquirir el dominio de bienes inmuebles en el territorio nacional.

En el caso de las sociedades en cuyos estatutos se incluya el convenio previsto en la fracción I del artículo 27 Constitucional, se estará a lo siguiente:

Podrán adquirir el dominio de bienes inmuebles ubicados en la zona restringida, destinados a la realización de actividades no residenciales, debiendo dar aviso de dicha adquisición a la Secretaría de Relaciones Exteriores, dentro de los sesenta días hábiles siguientes a aquél en el que se realice la adquisición, y

Podrán adquirir derechos sobre bienes inmuebles en la zona restringida, que sean destinados a fines residenciales, de conformidad con las disposiciones del capítulo siguiente.

El artículo 27 establece lo que se conoce como la *cláusula Calvo* que consiste en otorgar a los extranjeros los mismos derechos siempre y cuando se consideren como nacionales respecto de los bienes y no invoquen la protección de sus gobiernos. Conviene citar un texto de Santiago González Luna:

...Sigamos con el análisis de la cláusula Calvo. Ésta presenta dos aspectos: el aspecto de cláusula legislativa y el de cláusula contractual. Se trata de una cláusula legislativa en tanto que su contenido forma parte de un texto legal, el cual, al mismo tiempo que determina la capacidad de los extranjeros para adquirir inmuebles, condiciona la validez de su derecho a la aceptación del texto legal. Constituye una cláusula contractual en tanto que el extranjero celebre convenio a través de la SRE para aceptar su texto a fin de colocarse en una situación de igualdad con el nacional que adquiere bienes inmuebles.⁷⁴

⁷⁴ GONZÁLEZ LUNA MARSEIYE, Santiago. *Op. cit.*

Artículo 28 Constitucional.

En este artículo, la CPEUM plasma de manera expresa la prohibición de los monopolios privados y de las prácticas monopólicas, y no considera como monopolios en lo relativo a las áreas estratégicas a cargo del Estado. Tema de gran importancia para este trabajo es el de los monopolios, que analizaremos de manera mas amplia junto con la Ley Federal de Competencia Económica.⁷⁵

Como sabemos, existen diversas legislaciones que pretenden, ya sea de manera directa o indirecta, reglamentar los artículos 25 a 28 de la CPEUM, las cuales han surgido del H. Congreso de la Unión. A continuación referimos algunas de las principales leyes, respecto de las cuales algunas serán analizadas en torno a las EMNs más adelante.

- 1.- Código de Comercio.
- 2.- Ley de Comercio Exterior.
- 3.- Ley de Instituciones de Crédito.
- 4.- Ley de Inversión Extranjera.
- 5.- Ley de las Cámaras de Comercio y de la Industria.
- 6.- Ley de Navegación y Comercio Marítimo.
- 7.- Ley de Puertos.
- 8.- Ley de Concursos Mercantiles.⁷⁶
- 9.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- 10.- Ley General de Sociedades Mercantiles.
- 11.- Ley de Sociedades de Inversión.
- 12.- Ley del Banco de México.
- 13.- Ley del Mercado de Valores.
- 14.- Ley Federal de Competencia Económica.
- 15.- Ley Federal de Correduría Pública.

⁷⁵ Vid *infra* 3.5

⁷⁶ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 2000. Se abrogó la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de abril de 1943.

16.- Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito.

17.- Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos.

18.- Ley Sobre el Contrato de Seguro.

3.2. Regulación de las Sociedades Mercantiles.

En forma breve se describirán los diferentes tipos de sociedades que establece la legislación mercantil mexicana, las cuales son: sociedad en nombre colectivo, sociedad en comandita simple, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad en comandita por acciones, sociedad cooperativay sociedad anónima.

3.2.1. Sociedad en Nombre Colectivo.

El artículo 25 de la LGSM la define como “Aquella que existe bajo una razón social y en la que todos los socios responden, de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales”. La sociedad en nombre colectivo es una forma de organización natural y de origen “espontáneo”, ya que surge del acuerdo de un grupo pequeño de personas de aportar trabajo y capital.

A pesar de tener ventajas, también representa algunas desventajas y no es funcional para el desenvolvimiento de una EMN. En este sentido el maestro Rodríguez y Rodríguez expresa:

Ofrece varias ventajas, ya que todos los socios están en una situación de igualdad, aportando cada uno su esfuerzo, distribuyéndose el riesgo entre todos los patrimonios, haciendo posible la utilización de cada socio en las diversas actividades de la sociedad.(...)

Por su estructura, es una forma social que no admite más que un pequeño número de socios, y que, por lo tanto, sólo es susceptible de integrar un pequeño capital.(...)

Finalmente, la responsabilidad ilimitada de todos sus socios, ahuyenta de ella a los que no quieren comprometer en una sola empresa todos sus bienes.⁷⁷

Además la LGSM en su artículo 26 establece la imposibilidad de que en el contrato social se suprima la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios, ya que no tendría efectos frente a terceros.

Actualmente se encuentra en desuso este tipo de sociedades dada la carencia de un límite a la responsabilidad de los socios que distinga entre el patrimonio social de la empresa y el de cada socio.

Como se puede apreciar no se adapta a las necesidades de una EMN, entre otras cosas porque los socios de las EMNs buscan no responder de manera ilimitada ni subsidiaria, además de que es difícil este tipo de sociedad con un capital bastante elevado.

3.2.2. Sociedad en Comandita Simple.

Según se establece en el artículo 51 de la LGSM, este tipo de sociedad es la que existe bajo una razón social y se compone de uno o varios comanditados que responden, de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales, y de uno o varios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus aportaciones.

Si bien es cierto, que este tipo de sociedad constituye, en palabra del tratadista Bauche Garciadiego, el *correctivo* de la responsabilidad ilimitada de todos los socios de la sociedad en nombre colectivo al permitir que algunos no respondan de forma ilimitada, también es cierto que dicha *corrección* se realiza para una porción de los socios por lo que otros siguen de igual forma respondiendo de manera ilimitada.⁷⁸

⁷⁷ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. *Derecho Mercantil*, Tomo I, Ed. Porrúa, México, Vigésima primera Edición, 1994, p. 61

⁷⁸ Cfr. BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. *La Empresa*, Ed. Porrúa, México, 1ª ed., 1977, p. 486

Es difícil establecer una EMN con las anteriores características, máxime si hay dos tipos de socios cuya responsabilidad es muy distinta. Nótese que en las figuras jurídicas elegidas por las EMNs, pueden existir varios tipos de socios (v. gr.: acciones preferentes), pero no con responsabilidad tan variada como ocurre en las sociedades analizadas en este punto.

3.2.3. Sociedad de Responsabilidad Limitada.

Este tipo de sociedad es definido por la LGSM en su numeral 58 como “la que se constituye entre socios que solamente están obligados al pago de sus aportaciones, sin que las partes sociales puedan estar representadas por títulos negociables, a la orden o al portador, pues sólo serán cedibles (*sic, por cesibles*) en los casos y con los requisitos que establece la presente ley”.

Antes de entrar al análisis de las características propias de este tipo de sociedad, es preciso hacer la aclaración de que el nombre pudiese hacer pensar que la sociedad responde de manera limitada, lo cual no ocurre así, sino que responde de manera ilimitada y los que responden de manera limitada son los socios, si no fuese de esta manera, rompería el principio de todo tipo de sociedad.⁷⁹

En apariencia, la sociedad de responsabilidad limitada parece una alternativa a las EMNs, esto porque a diferencia de las sociedades analizadas en los puntos 3.2.1 y 3.2.2, en esta sociedad todos los socios solo responden al monto de sus aportaciones (representadas por partes sociales), aunque en la práctica este tipo de esquema sólo trae consigo bondades para muchas pequeñas empresas,⁸⁰ pero para el caso de las EMNs no es el más idóneo debido, entre otras cuestiones, a las siguientes:

⁷⁹ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge. *Op. cit.* p. 365

⁸⁰ Entre sus principales bondades para las micro empresas resalta el requisito de \$3,000.00 como mínimo para su constitución, situación que para las Sociedades Anónimas es un mínimo de \$50,000.00; otra ventaja es su manejo ágil y menos complejo que para la Sociedad Anónima.

- La sociedad de responsabilidad limitada no es una sociedad cuyo capital se encuentre dividido y representado por acciones sino por partes sociales que no son títulos de crédito negociables, además de que se establecen requisitos para la cesión de las partes sociales.⁸¹
- A la imposibilidad de contar con un número mayor a 50 socios.⁸²
- Cada socio no podrá contar con más de una parte social, dificultando así la transferencia de partes sociales.⁸³ A este respecto Mantilla Molina acude a legislaciones extranjeras donde el número de socios oscila entre 10 y 50 lo que supone como característica de esta sociedad la de buscar conserva un elemento personal en la sociedad, existiendo de esta manera la posibilidad de que los socios se conozcan mutuamente y se informen personalmente del desarrollo de las operaciones de la sociedad.⁸⁴
- Al considerar al acto constitutivo como contrato obstaculiza las modificaciones a las cláusulas de los estatutos, ya que se requerirá del consentimiento de todos los que fueron partes del contrato. Es obvio que para las EMNs resulta ineficaz ya que por su dinamismo requieren con regularidad modificar sus cláusulas, además de realizar una distribución de participación porcentual en el capital social.

⁸¹ El Artículo 65 de la LGSM establece: "Para la cesión de partes sociales, así como para la admisión de nuevos socios, bastará el consentimiento de los socios que representen la mayoría del capital social, excepto cuando los estatutos dispongan una proporción mayor".

⁸² Anteriormente la LGSM permitía un máximo de 25 socios, sin embargo la cantidad de 50 socios sigue siendo muy limitada para empresas de gran tamaño, a menos que existan varias sociedades extranjeras con gran número de socios que actúen en calidad de socio de una sociedad de responsabilidad limitada. En todo caso podría aplicarse para las empresas filiales cuyo accionista principal es la matriz y por tanto no se requiere un gran número de socios, pero para el caso de la *holding*, en muchas ocasiones requiere de un número de socios mayor a 50.

⁸³ Me refiero a un socio que pretenda transmitir únicamente una porción de su parte social, a diferencia de lo que sucede con los accionistas en las sociedades anónimas, ya que cada socio puede tener diversas acciones y al pretender realizar una transmisión solo efectuarla sobre algunas de ellas conservando las demás.

⁸⁴ Cfr. MANTILLA MOLINA, Roberto L. *Op. cit.* p. 273.

A pesar de que las fórmulas tradicionales establecidas por el legislador para que la sociedad de responsabilidad limitada sea exclusiva de las empresas pequeñas y medianas,⁸⁵ y no obstante las razones que señalamos en este apartado, hay EMNs en nuestro país que optan por la sociedad de responsabilidad limitada y en ocasiones esto se debe a la similitud de esta sociedad con la *limited liability company* que como ya mencionamos, es una forma bastante utilizada en el sistema anglosajón.⁸⁶ A manera de ejemplo, podemos decir que recientemente algunas EMNs de los Estados Unidos de América que cuentan con una empresa filial establecida en nuestro país y que operaban como sociedad anónima, han optado por transformar la sociedad mexicana en una sociedad de responsabilidad limitada. Lo anterior⁸⁷ se debe a que las personas físicas contribuyentes en Estados Unidos de América tienen derecho a un beneficio fiscal por los ingresos provenientes del extranjero, con objeto de evitar una doble tributación por derivarse del mismo ingreso. En cuanto a sociedades, se requiere que sea una sociedad no tomada en cuenta para efectos fiscales en Estados Unidos (“*a disregarded entity for US tax purposes*”) y la sociedad anónima no aplica para este supuesto y la de responsabilidad limitada sí. En este sentido, al operar con una sociedad de responsabilidad limitada en México, y de acuerdo con la legislación estadounidense⁸⁸ se obtendrían algunos beneficios fiscales para los accionistas extranjeros.

3.2.4. Sociedad en Comandita por Acciones.

La sociedad en comandita por acciones es definida por el artículo 207 de la LGSM como “la que se compone de uno o varios socios comanditados que responden de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales, y de uno o varios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus acciones”.

⁸⁵ Cfr. GUADARRAMA LÓPEZ, Enrique *Op. cit.* p. 30. En idéntico sentido y haciendo referencia a la legislación española: GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel y otros, *Estudios Sobre la Sociedad Anónima, “¿Sociedad Anónima “versus” Sociedad de Responsabilidad Limitada”*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, p. 359.

⁸⁶ *Vid supra* 2.2.1.3

⁸⁷ Se hace la aclaración de que se trata el tema únicamente a manera de ejemplo y no de análisis de la legislación estadounidense.

⁸⁸ Para mayor información, véase la regulación estadounidense *Treasury Regulation &301.7701-2*

Uno de los rasgos distintivos de esta figura jurídica, es que se contemplan dos tipos de socios: (i) los comanditarios, y (ii) los comanditados. Los primeros no responderán frente a terceros de las consecuencias de las operaciones sociales, y los comanditados serán ilimitadamente responsables de las operaciones de la sociedad. Como ya lo hemos mencionado, en virtud del tamaño de las EMNs, no suele haber socios que estén dispuestos a tener la calidad, o por lo menos la responsabilidad propia de los socios comanditados.

Otro de los aspectos para considerar que esta clase de sociedad no es apta para empresas de gran tamaño como es el caso de las EMNs, es el hecho de que para ceder las acciones se necesita el consentimiento de la totalidad de los comanditados, lo que complica la libre y rápida circulación de las acciones que es propia de las empresas de gran tamaño, sujetas a variaciones frecuentes en el capital.

En términos generales este tipo de sociedad es similar a la Sociedad en Comandita Simple, con la diferencia de que en la Sociedad en Comandita por Acciones –como su nombre lo indica– los derechos de los socios se encuentran incorporados en acciones, haciendo la aclaración de que los socios comanditados no pueden ceder sus acciones sino mediante la aprobación de todos los demás socios comanditados, lo que para Mantilla Molina es una restricción a la negociabilidad de las acciones que les quita el carácter de tales.⁸⁹

La sociedad en comandita por acciones, al igual que otras, se encuentra en desuso y debería ser suprimida de la LGSM, en este sentido Cervantes Ahumada opina que se trata de otro “fósil jurídico” y nos parece acertado dicho calificativo.⁹⁰

⁸⁹ Cfr. MANTILLA MOLINA, Roberto L. *Op. cit.* p. 419.

⁹⁰ CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Derecho Mercantil Primer Curso*, Ed. Herrero, México, 1975 p. 123.

3.2.5. Sociedad Cooperativa.

Las sociedades cooperativas no son reguladas por la LGSM, ya que cuentan con su propio ordenamiento que es la Ley General de Sociedades Cooperativas⁹¹ y en su numeral segundo son definidas de la siguiente manera: “La sociedad cooperativa es una forma de organización social integrada por personas físicas con base en intereses comunes y en los principios de solidaridad, esfuerzo propio y ayuda mutua, con el propósito de satisfacer necesidades individuales y colectivas, a través de la realización de actividades económicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios”.⁹²

Respecto a las sociedades cooperativas, queremos señalar que surgieron con la función económica de “suprimir el lucro del intermediario, en provecho de quienes trabajan en la empresa cooperativa, o de quienes de ella reciben bienes o servicios”,⁹³ lo que se aleja de la realidad económica de las EMNs. Además de lo anterior queremos traer a la atención sólo dos de las limitaciones que tendrían las EMNs al utilizar este esquema.

Primeramente, la legislación establece que dicha forma de organización social estará integrada por personas físicas, excluyendo de esta manera la posibilidad de la existencia de una empresa controladora que sea propietaria de dicha sociedad, lo que es propio de las EMNs.

Por otro lado, el artículo 7° de la citada ley, en su segundo párrafo establece la imposibilidad que tienen los extranjeros para desempeñar puestos de dirección o administración en las sociedades cooperativas, que al tratarse de empresas cuya dirección general se encuentra en otros países, resulta obvio –y así sucede en la práctica– que los puestos directivos de las empresas filiales estén a cargo de personas que tienen experiencia dentro de la empresa controladora que en ocasiones resultan ser de nacionalidad extranjera.

⁹¹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de agosto de 1994.

⁹² Artículo segundo de la Ley General de Sociedades Cooperativas.

⁹³ MANTILLA MOLINA, Roberto L. *Op. cit.*, p. 292.

3.2.6. Sociedad Anónima.

Como ya hemos señalado en el punto 2.2.4, esta figura jurídica es la más utilizada por las EMNs que pretenden establecerse en nuestro país. Dada su importancia, nos obliga a detenemos para hacer un análisis un poco más detallado de las características de esta sociedad, sin considerarlo como un tratado sobre la sociedad anónima.

En una economía globalizada y que surge como consecuencia del capitalismo, la sociedad anónima ha sido el instrumento jurídico más idóneo. A este respecto, el maestro Barrera Graf comenta que la “empresa o negociación, institución económica, producto, a su vez, del régimen capitalista, se manifiesta y se organiza en torno de la SA, que en la inmensa mayoría de los casos constituye el titular de ella, que la crea, la organiza y la pone en funcionamiento”.⁹⁴

Dada la importancia de la Sociedad Anónima y la gran cantidad de estudios que en torno a ella se han realizado, hay que señalar que, dados los alcances de esta tesis, la explicación que a continuación daremos es muy sintética, ya que un análisis más concienzudo es el tema de una o varias tesis de manera íntegra.

A. Requisitos de Constitución.

Para constituir una sociedad anónima se requiere: (i) un número mínimo de socios; (ii) un capital suscrito que alcance un mínimo determinado, y (iii) que a lo menos parte de dicho capital se encuentre exhibido en numerario.

El número mínimo de socios que contempla la LGSM es de dos.⁹⁵ Anteriormente el mínimo de socios era de cinco, pero debido al gran auge de la sociedad anónima, los inversionistas se adaptaban a este requisito aunque en realidad fueran menos los accionistas, utilizando el esquema de “prestanombres” a quienes únicamente se les

⁹⁴ BARRERA GRAF, Jorge. *Op. cit.*, p.398

⁹⁵ Fracción I del artículo 89 de la LGSM.

concedía ser titulares de una acción o del equivalente a un porcentaje muy reducido de la totalidad del capital social. Obviamente el problema no se ha eliminado del todo ya que, como todos sabemos, existen algunas sociedades –incluso de tamaño regular– cuyo accionista principal tiene un control del 99% o más del haber accionario, lo que hace suponer que rompe con el principio y la razón de ser de la sociedad anónima, es decir que cumple con el texto de la ley pero no con el espíritu de la misma. Para el caso de las EMNs fue útil reducir el número a dos, ya que en ocasiones la empresa controladora no deseaba involucrar a más accionistas –menos a nacionales–. Ahora la empresa madre puede tener el 99% o más y nombrar a un accionista que puede o no ser a su vez accionista de la controladora.

El capital social mínimo debe ser de cincuenta mil pesos, que como es natural, no representa ningún obstáculo para las EMNs, respecto del cual debe estar pagado cuando menos el veinte por ciento del valor de cada acción pagadera en numerario e íntegro el valor de cada acción que haya de pagarse, en todo o en parte, con bienes distintos del numerario.⁹⁶

Otro requisito de constitución, que es aplicable a *todas* las sociedades, es el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Este requisito se consigna en la Ley de Inversión Extranjera que establece:

Artículo 15.- Se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para la constitución de sociedades. Se deberá insertar en los estatutos de las sociedades que se constituyan, la cláusula de exclusión de extranjeros o el convenio previsto en la fracción I del artículo 27 Constitucional.

B. Estatutos.

Respecto a los estatutos, hay posibilidad de modificarlos. Para esto y a diferencia de otro tipo de sociedades, no se requiere del consentimiento unánime de los demás socios

⁹⁶ Fracciones II y III del artículo 89 de la LGSM.

(i.e. sociedad en nombre colectivo y sociedad en comandita simple⁹⁷), sino que son susceptibles de modificación mediante la actividad de los órganos de la persona jurídica. Aunque las EMNs no opten por variar sus estatutos con regularidad, sí es conveniente realizarlo de una manera ágil, incluso al encontrarse los representantes legales de las empresas controladoras fuera del país se puede optar por un esquema de representación para comparecer a la asamblea.

No obstante lo anterior, hay un candado a las modificaciones a la escritura constitutiva y es que éstas “pueden hacerse en lo que sólo afecta a la estructura y funcionamiento de la persona moral; no en cuanto afectaren los derechos personales de los socios”.⁹⁸ Cabe aclarar que este límite no está contemplado como tal en la legislación por lo que ha sido materia de discusión.

Si bien es cierto que no es exclusivo para la sociedad anónima, conviene señalar que en los estatutos de las sociedades en las cuales participará la inversión extranjera, deberá insertarse la denominada *Cláusula Calvo*, de forma que se establezca que los socios extranjeros, actuales o futuros de la sociedad, se obligan a considerarse como nacionales respecto de: (i) las acciones, partes sociales o derechos que adquieran de dichas sociedades, (ii) los bienes, derechos, concesiones, participaciones o intereses de que sean titulares tales sociedades, y (iii) los derechos y obligaciones que deriven de los contratos en que sean partes las propias sociedades.⁹⁹

C. Acciones.

Uno de los elementos esenciales de las sociedades anónimas es el capital social que, como ya apuntamos, es uno de los requisitos para la constitución de una sociedad. El

⁹⁷ Artículos 34 y 57 respectivamente de la LGSM.

⁹⁸ MANTILLA MOLINA, Roberto L. *Op. cit.* p. 336

⁹⁹ Artículo 14 de la Ley de Inversión Extranjera.

capital social se encuentra representado por acciones y en este sentido Joaquín Rodríguez expresa: “Ante todo, la acción representa una fracción del capital social”.¹⁰⁰

La LGSM en su artículo 111 establece que las acciones se representan por títulos nominativos que sirven para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio.¹⁰¹

La forma como opera en el caso de las EMNs, es que la empresa *holding* es titular de la mayoría de las acciones de la empresa, teniendo de esta manera el control de la sociedad aunque existan otros accionistas. Generalmente el otro accionista suele ser el Director General que aunque es accionista de la sociedad y como tal es titular de todos los derechos que se derivan de ella, al ser un porcentaje tan reducido el control que a título personal pudiese llegar a tener es muy limitado. A este respecto, la doctrina es uniforme en el sentido de que el control de la sociedad va en función del porcentaje accionario que se tiene. Rodríguez Rodríguez sostiene que:

La acción no es sólo una parte del capital social y un títulovalor, sino que también representa el conjunto de derechos que corresponden al socio por su calidad de tal. En este aspecto, podemos decir que la acción nos da la unidad de participación en la vida social; la influencia de cada socio en la sociedad, se mide por las acciones que posea, pues cada acción le atribuye un puesto de socio, en cuanto es una parte del capital social.¹⁰²

Aunque la ley es clara en el sentido de que todas las acciones serán de igual valor y conferirán iguales derechos,¹⁰³ también se prevé en la LGSM la existencia de varias clases de acciones con derechos especiales para cada clase e incluso establece una parte de las acciones con voto limitado, es decir, que únicamente tengan derecho de voto en las asambleas extraordinarias que se reúnan para tratar los asuntos de: (i) Prórroga de la

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Op. cit.* p. 82

¹⁰¹ Si bien es cierto que en la ley reconoce que la calidad de socio se acredita por la titularidad de las acciones, no hay que olvidar que es en la misma LGSM pero en su artículo 129 que se establece que “La sociedad considerará como dueño de las acciones a quien aparezca inscrito como tal en el registro a que se refiere el artículo anterior. A este efecto, la sociedad deberá inscribir en dicho registro, a petición de cualquier titular las transmisiones que se efectúen”.

¹⁰² RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. *Op. cit.* p. 85.

¹⁰³ Artículo 112 de la LGSM.

duración de la sociedad, (ii) Disolución anticipada de la sociedad, (iii) Cambio de objeto de la sociedad, (iv) Cambio de nacionalidad de la sociedad, (v) Transformación de la sociedad, o (vi) Fusión con otra sociedad.¹⁰⁴

Como se aprecia, la ley establece que no podrá limitarse el voto en aquellas asambleas extraordinarias que tratan sobre los asuntos cuya trascendencia sea sobre asuntos que afecten la esencia de la sociedad. A nuestro parecer es acertada esta disposición ya que de lo contrario se estaría atentando contra la naturaleza misma de la sociedad. Las EMNs suelen utilizar acciones de voto limitado para los demás accionistas, evitando complicaciones que se pudiesen derivar en caso de un conflicto con los otros accionistas (v. gr. cuando al realizar un aumento de capital, los accionistas con voto limitado no tendrían el derecho a votar en la asamblea que resuelva sobre el mismo).

D. Órganos de la Sociedad.

La legislación reconoce como órganos de la sociedad anónima a los siguientes: (1) asamblea de accionistas, (2) órgano de administración y (3) órgano de vigilancia.

A continuación y de manera muy breve, expondremos algunas de las características de los órganos mencionados, de manera que podamos estar en condiciones de apreciar las ventajas o desventajas de una sociedad de este tipo para las EMNs.

D.1. Asamblea de Accionistas.

La asamblea de accionistas es el órgano supremo de la sociedad anónima y a ella corresponde acordar y ratificar todos los actos y operaciones de la sociedad.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Artículos 113 y 182 de la LGSM.

¹⁰⁵ Artículo 178 de la LGSM.

Los tipos de asambleas de accionistas son (i) constitutivas, (ii) generales, (iii) especiales, (iv) ordinarias y (v) extraordinarias.

Las asambleas *constitutivas* son aquéllas que se realizan en el acto mismo de la constitución de la sociedad.

Las asambleas generales de accionistas pueden ser de carácter *ordinario* o *extraordinario*.¹⁰⁶

El artículo 182 de la LGSM establece los asuntos para los cuales las asambleas deberán tener el carácter de *extraordinarias*:

- i) Prórroga de la duración de la sociedad.
- ii) Disolución anticipada de la sociedad.
- iii) Aumento o reducción del capital social.
- iv) Cambio de objeto de la sociedad.
- v) Cambio de nacionalidad de la sociedad.
- vi) Transformación de la sociedad.
- vii) Fusión con otra sociedad.
- viii) Emisión de acciones privilegiadas.
- ix) Amortización por la sociedad de sus propias acciones y emisión de acciones de goce.
- x) Emisión de bonos.
- xi) Cualquiera otra modificación del contrato social, y
- xii) Los demás asuntos para los que la ley o el contrato social exija un quórum especial.

Por el contrario, las asambleas generales *ordinarias* de accionistas son aquéllas en que se trata cualquier asunto que no corresponda a las extraordinarias, debiéndose reunir

¹⁰⁶ Artículo 179 de la LGSM.

por lo menos una vez al año dentro de los cuatro meses siguientes a la clausura del ejercicio social ocupándose de: (i) discutir aprobar o modificar el informe de los administradores, (ii) nombrar al administrador o consejo de administración según sea el caso, y comisarios, y (iii) determinar los emolumentos correspondientes a los administradores y comisarios en caso de no estar establecidos en los estatutos.¹⁰⁷

Las asambleas *especiales* de accionistas suele no reconocérseles el carácter de una clase de asamblea debido a que en el artículo 179 únicamente hace referencia a asambleas ordinarias y extraordinarias; pero del artículo 195 de la LGSM se desprende su existencia:

Artículo 195.- En caso de que existan diversas categorías de accionistas, toda proposición que pueda perjudicar los derechos de una de ellas deberá ser aceptada previamente por la categoría afectada, reunida en *asamblea especial*, en la que se requerirá la mayoría exigida para las modificaciones al contrato constitutivo, la cual se computará con relación al número total de acciones de la categoría de que se trate...

Las asambleas especiales se ocupan de aceptar o rechazar las proposiciones que puedan afectar sus derechos corporativos y que tengan relevancia con respecto a dicha clase de acciones en específico. En el caso de la EMNs puede que se dé un esquema accionario que contemple una categoría especial, ya que éste puede pertenecer a la *holding* o al grupo de accionistas socios de la empresa madre.

No nos detendremos en el análisis de las diferentes clases de asambleas de accionistas, el quórum requerido para cada una de ellas, ni en la convocatoria a las mismas, ya que es tema de gran amplitud y únicamente se pretende dar un panorama general para apreciar el funcionamiento de una EMNs.

¹⁰⁷ Artículos 180 y 181 de la LGSM.

D.2. Órgano de Administración.

Como ya se mencionó, generalmente las EMNs a través de la empresa madre cuentan con una participación accionaria *casi* totalitaria, o por lo menos en la práctica así resulta. En este sentido, la administración de la sociedad filial está controlada de manera directa por la *holding*. Ahora bien, no hay que olvidar que sin importar quién tiene el control de la empresa, se deben observar los mecanismos previstos por la ley para su administración.

Para el caso de la sociedad anónima, la administración se encuentra a cargo de uno o varios mandatarios temporales y revocables, que pueden ser o no socios de la sociedad.¹⁰⁸ Puede ser un *administrador general único*, para el caso de ser varios administradores se forma un *consejo de administración*.¹⁰⁹

El órgano de administración es nombrado por la asamblea general de accionistas, por lo que, como ya señalamos el control de la administración recae sobre la empresa madre al tener el control del órgano máximo. Generalmente el consejo de administración está formado por algunos de los accionistas o directivos de alto rango dentro de la EMN.

La función del órgano de administración es doble: de administración y de representación. La primera se refiere a la administración interna de la empresa, que en el caso de las EMNs y por cuestiones prácticas suele nombrarse a varios gerentes que pueden ser generales o especiales, teniendo éstos únicamente las facultades que se les confieran expresamente.¹¹⁰ La segunda función que tiene el órgano de administración es la de representación de la sociedad ante terceros. Esta función es de gran importancia para todas

¹⁰⁸ Artículo 142 de la LGSM.

¹⁰⁹ Valga la comparación con el *Board of Directors* el cual es la figura utilizada por el derecho anglosajón. Es definida como "The governing body of a corporation elected by the stockholders; usually made-up of officers of the corporation and outside (non-company) directors. The board is empowered to elect and appoint officers and agents to act on behalf of the corporation, declare dividends, and act on other mayor matters affecting the corporation" BLACK'S LAW DICTIONARY Sixth Edition, St Paul, Minn. West Publishing Co. 1990.

¹¹⁰ Artículos 145 y 146 de la LGSM.

las empresas, pero de manera especial para las EMNs, ya que al ser éstas de gran tamaño cuyos accionistas propietarios muy probablemente se encuentren fuera del país, mediante el órgano de administración pueden actuar en nuestro país.

Generalmente la empresa madre deposita la confianza en los administradores que nombra en cuanto a la función de administración interna de la compañía, pero en cuanto a su función externa, es decir, la de representación de la sociedad frente a terceros, suelen limitarse.¹¹¹

A continuación señalaremos las *características de los administradores* siguiendo el esquema planteado por el maestro Barrera Graf,¹¹² y por nuestra parte iremos analizando las ventajas que tienen estas características para los casos de las EMNs.

- *Deben ser personas físicas.* La ventaja, es que incluso puede tratarse de extranjeros, situación que de hecho ocurre en el caso de las EMNs que establecen alguna filial en nuestro país.
- *Tienen un encargo temporal.* En el caso de un gran número de EMNs, suelen tener gran movilidad de funcionarios moviéndolos a través de sus filiales en varios países.
- *De carácter revocable.* Esto refuerza la idea señalada en el párrafo inmediato anterior.
- *Pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad.* Como ya habíamos señalado, regularmente los principales socios de una EMN se encuentran en otro país lo que dificultaría la administración si se estableciese un requisito contrario.

¹¹¹ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge. *Op. cit.*, p. 570.

¹¹² *Ibidem*, pp. 574-575.

- *Tienen derecho a una remuneración.* La ventaja que encontramos para una EMN es que al existir un pago de la sociedad a los administradores, hay una situación de dependencia económica que en la práctica se traduce en un deber de lealtad y fidelidad con la sociedad en el manejo mismo de la empresa.

El *funcionamiento* de los órganos de administración de la sociedad anónima, dependerá del tipo de órgano con que se cuente. En el primer caso (administrador único), la representación y actuación recae únicamente en la persona nombrada como tal. En el caso de haber un consejo de administración, las facultades y funciones del órgano de administración recaen sobre el consejo de administración y no en los administradores a título personal,¹¹³ esto es, que los miembros del consejo de administración no podrán actuar en representación de la sociedad de manera unilateral, a menos que se les hayan otorgado poderes suficientes para realizar los actos que pretendan.

El consejo de administración como órgano colegiado requiere de reunirse mediante juntas de consejo de administración siguiendo las formalidades que la ley y en su caso los estatutos contemplen. Sin explicar a fondo el funcionamiento del consejo de administración, solamente subrayo la circunstancia de que para el caso de empate, el Presidente del consejo de administración cuenta con voto de calidad,¹¹⁴ circunstancia que asegura el control en la administración por parte de la empresa *holding* en aquellas EMNs en las cuales se cuenta con un grupo accionista ajeno a la empresa madre que tenga representación de un 50% dentro del consejo de administración.

¹¹³ A menos que en los estatutos se otorguen algunas facultades de carácter especial a algunos de los miembros del consejo de administración. En la práctica se confiere en la asamblea constitutiva poderes a algunos miembros o incluso en los estatutos se otorga determinado tipo de poderes a favor de la persona quien ocupe el cargo de Presidente del consejo de administración, sin que en ningún caso sea posible privar al órgano de administración de todas sus facultades. En este sentido véase BARRERA GRAF, Jorge. *Op. cit.* p. 577.

D.3. Órgano de Vigilancia.

El órgano de vigilancia son los comisarios, y según la LGSM establece que pueden ser varios, además de tener la característica de ser temporales y revocables.¹¹⁵

Algo que resulta interesante para el caso de las EMNs, es el hecho de que para ser comisario no deben ser empleados de la sociedad ni parientes consanguíneos de los administradores, en este sentido el artículo 165 de la LGSM establece:

Artículo 165.- No podrán ser comisarios:

Los que conforme a la ley estén inhabilitados para ejercer el comercio;

Los empleados de la sociedad, los empleados de aquellas sociedades que sean accionistas de la sociedad en cuestión por más de un veinticinco por ciento del capital social, ni los empleados de aquellas sociedades de las que la sociedad en cuestión sea accionista en más de un cincuenta por ciento, y

Los parientes consanguíneos de los administradores, en línea recta sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto y los afines dentro del segundo.

El interés señalado surge del hecho de que generalmente los funcionarios de la *holding* nombran como comisario a algún contador externo que no tiene ninguna relación interna con la sociedad, ni siquiera con los administradores, logrando de esta manera tener a alguien –además de los funcionarios– que les informe de manera veraz la situación de la sociedad. A este respecto García Rendón expresa:

“La escasa participación de los socios en la administración de los negocios sociales, o, ¿por qué no decirlo?, su ignorancia en el complejo arte del comercio y en la no menos complicada interpretación de los estados financieros, ha motivado que nuestro legislador reconozca la necesidad de crear un órgano encargado de vigilar la gestión de los negocios sociales encomendada a los administradores, al cual aplicó el nombre de comisario”.¹¹⁶

¹¹⁴ Artículo 143 de la LGSM.

¹¹⁵ Artículo 164 de la LGSM.

¹¹⁶ GARCÍA RENDÓN, Manuel. *Sociedades Mercantiles*; Ed. Harla, México, 1993, p. 456.

E. Conclusión a las Peculiaridades de la Sociedad Anónima para las EMNs.

Ya que a lo largo de este apartado 3.2.6 nos hemos detenido en la explicación de las ventajas que representa la sociedad anónima para las EMNs, únicamente queremos señalar que las ventajas que encontramos son mucho más que las desventajas, además de que la mayoría de las veces la estructura y regulación de las sociedades anónimas es la más similar a las figuras jurídicas utilizadas por las EMN en otros países (v. gr. *corporations*¹¹⁷).

3.2.7. Conclusión al Análisis de las Sociedades Mercantiles en México.

Una vez hecho el recorrido a lo largo de los distintos tipos de sociedades en México, podemos concluir que en términos prácticos las EMNs únicamente encuadran en los esquemas de Sociedad Anónima y de Sociedad de Responsabilidad Limitada, y de manera principal en la Sociedad Anónima dadas las amplias posibilidades de autorregulación en los estatutos sociales por parte de los accionistas que la constituyen, salvo el elemento del capital social mínimo (que para las EMNs no representa ningún problema), además de tener una reglamentación más precisa y completa que la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Sin embargo, ambas son posibles formas jurídicas de ser adoptadas por las EMNs y no así las cuatro sociedades mercantiles restantes.

3.3. Regulación de la Inversión Extranjera en México.

Según nuestro concepto que dimos en el punto 1.2, las EMNs son aquellas empresas con capital extranjero que se constituyen legalmente en países distintos a los del origen del capital. Es preciso determinar si la inversión realizada por las EMNs en nuestro país se considera extranjera. Para esto hay que ver qué se entiende por inversión y a este respecto

¹¹⁷ *Vid supra* 2.2.1.2.

el licenciado González Luna sostiene que “invertir es la formación real de capital, que producirá un flujo de bienes y servicios para su consumo futuro”.¹¹⁸

Para considerar a una inversión como extranjera, podemos decir que será extranjera la inversión cuando los recursos económicos que se invierten provienen del extranjero. Ahora bien, nuestra legislación da el carácter de inversión extranjera dependiendo de la nacionalidad de la persona que controla la inversión en lugar de atender al origen de la inversión. De cualquier forma, la inversión de las EMNs que de alguna manera se establecen en nuestro país será extranjera,¹¹⁹ lo anterior si se atiende al criterio de Carlos Arellano García, quien define a la inversión extranjera como “la acción y efecto de colocar capital, representado en diversas formas en país diferente de aquel en donde se obtienen los beneficios de la aplicación de recursos”.¹²⁰

Por lo anterior resulta imprescindible hacer un análisis de la legislación que regula la inversión extranjera en nuestro país: de la Ley de Inversión Extranjera¹²¹ y del Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.¹²² Pero antes de entrar al estudio de la legislación vigente, haremos un breve comentario sobre la anterior ley,¹²³ que era la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.¹²⁴

3.3.1. Análisis de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera (*Diario Oficial de la Federación* del 9 de marzo de 1973).

¹¹⁸ GONZÁLEZ LUNA MARSEIYE, Santiago. *Op. cit.*

¹¹⁹ Está claro que pudiese llegar a darse el caso de que alguna EMN se estableciese en nuestro país sin ninguna inversión como es el caso de algunas franquicias o contrato de uso de marcas entre una empresa extranjera –con capital extranjero– y una empresa nacional sin capital extranjero, o las denominadas “empresas de papel”.

¹²⁰ ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Derecho Internacional Privado*, Ed. Porrúa, México, 11ª ed., 1995, p. 570.

¹²¹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de diciembre de 1993.

¹²² Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de septiembre de 1998.

¹²³ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de marzo de 1973.

¹²⁴ Se puede considerar como una etapa primera y anterior a la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera (1973), al periodo de 1917 hasta 1973. Sobre el tema véase ROBLES FARIAS, Diego. *El Régimen Jurídico de los Extranjeros que Participan en Sociedades Mexicanas*, Editorial Themis, México, 1999.

La razón de por qué creemos de interés hacer un análisis de la legislación de la materia anterior a la actualmente vigente, es que permite tener un ejemplo de cómo influye la política económica de cada país en sus legislaciones.

El nombre de la ley anterior era Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, misma que fue publicada en época del Presidente de la República Luis Echeverría Álvarez el 9 de marzo de 1973 en el *Diario Oficial de la Federación* y que entró en vigor 60 días después. Para algunos tratadistas, esta ley fue un cuerpo “normativo ágil y flexible que termina con la anarquía de regulaciones anteriores y concentra en un solo ordenamiento las principales disposiciones sobre el tema que se encontraban antes dispersas”.¹²⁵

Esta ley definió a la inversión extranjera como aquella proveniente de las personas morales y físicas extranjeras, unidades económicas extranjeras sin personalidad jurídica y empresas mexicanas en las que participe capital extranjero.¹²⁶

Interesante resulta la equiparación a inversión mexicana que la ley hace de la realizada por extranjeros residentes en México con la calidad de inmigrados que tenía aquella ley y mantiene la actual ley de inversión extranjera.¹²⁷

La ley establecía que en ciertas actividades, la inversión extranjera únicamente podía participar hasta determinados porcentajes. Es así como para la industria minera admitía hasta un 49% (si eran sociedades mexicanas), un 24% para el caso de concesiones especiales, un 40% para los productos secundarios de la industria petroquímica secundaria, un 40% para los vehículos automotores, y lo característico es que para todos los demás casos en los cuales la ley no regulara el porcentaje máximo de participación, únicamente podía participar hasta en un 49% además de incluir la limitante de no tener la facultad de manejar por cualquier título la administración de la sociedad. Nótese en el punto 3.3.2 de

¹²⁵ ROBLES FARÍAS, Diego. *Op. cit.*, p. 18.

¹²⁶ Artículo 2º de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.

¹²⁷ Artículo 6º de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.

este trabajo, cómo cambió esta postura del gobierno, entre otros factores, debido al interés de incrementar la internación al país de recursos extranjeros productivos.

La ley materia de análisis en este apartado, intentaba además de limitar la participación de capital en las empresas, establecer candados para el control o manejo de las empresas mexicanas. El artículo 8 de la ley establecía:

Artículo 8.- Se requerirá la autorización de la Secretaría que corresponda según la rama de actividad económica de que se trate, cuando una o varias de las personas físicas o morales a que se refiere el artículo 2, en uno o varios actos o sucesión de actos, adquiera o adquieran más del 25% del capital o más del 49% de los activos fijos de una empresa (...) También deberán someterse a autorización los actos por medio de los cuales la administración de una empresa recaiga en inversionistas extranjeros o por los que la inversión tenga por cualquier título la facultad de determinar el manejo de la empresa.¹²⁸

Fácilmente podemos apreciar la problemática que significaba para las EMNs que pretendían establecerse en nuestro país y por tanto al amparo de esta legislación. Esto suponía –en muchos casos– que el control de la filial no lo tuviera la empresa *holding*, situación que contraría el interés propio que es –a nuestro parecer– muy legítimo de las EMNs.

Como ya comentamos,¹²⁹ la CPEUM consagra en su artículo 27 la imposibilidad de los extranjeros para adquirir la propiedad de predios ubicados en las fronteras y en ese entonces, al igual que ahora, la práctica era utilizar el esquema de fideicomiso. Es en esta ley de 1973 cuando se hace por primera vez el reconocimiento expreso de la legalidad de la práctica utilizada al establecer en su numeral 18 lo siguiente:

Se faculta a la Secretaría de Relaciones Exteriores para que autorice en cada caso la conveniencia de conceder a las instituciones de crédito, permisos para adquirir como fiduciarias el dominio de bienes inmuebles destinados a la realización de actividades

¹²⁸ Artículo 8º de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.

¹²⁹ Vid *supra* p. 38.

industriales y turísticas en la faja de 100 kilómetros a lo largo de fronteras o en la zona de 50 kilómetros a lo largo de las playas del país, siempre que el objeto de la adquisición sea el permitir la utilización y aprovechamiento de dichos bienes a los fideicomisarios, sin constituir derechos reales sobre ellos...

Dejando para otra ocasión los comentarios dado que trascienden el objeto de este trabajo, únicamente hacemos notar que el Reglamento de esta ley no fue publicado sino hasta el 16 de mayo de 1989 en el *Diario Oficial de la Federación*.

En el período de 1976 a 1982, la política económica del país era dirigida por el entonces presidente José López Portillo que como nota de su política económica nos permitimos transcribir lo siguiente:

En el sexenio de López Portillo México tenía su auge económico en base a los altos precios del petróleo, con lo que se pensó que podría pagarse la deuda actual y aún incrementarse al solicitar créditos adicionales para incrementar la productividad local. Un dato interesante es que López Portillo, con anuencia de la legislatura tomaba decisiones que representaban una inversión de casi 70 millones de dólares por hora.

Sin embargo al final del sexenio, con las caídas en los precios del petróleo, la deuda externa aumentó de 26,000 a 80,000 millones de dólares. En agosto de 1982 México declaraba tener un problema de caja, pero en realidad estaba en quiebra.¹³⁰

Como consecuencia de la política económica plasmada en la ley de 1973, la inversión extranjera aumentó casi 100%.¹³¹

El turno en relación a la política económica de México fue para Miguel de la Madrid Hurtado cuyo período presidencial fue de 1982 a 1988, destacando lo siguiente:

¹³⁰ GATT CORONA, Guillermo A. *Op. cit.*, apud KRAUZE, Enrique, *La Presidencia Imperial*, Tusquets Editores, México, 1997, pp. 393-394.

¹³¹ *Cfr. idem.*

Miguel de la Madrid Hurtado es la figura que con su política comercial, modifica diametralmente, la postura de México frente al binomio deuda externa – inversión extranjera. De la Madrid considera el incremento a la deuda externa como un gravamen que debe limitarse a condiciones de emergencia. De la Madrid sostiene que el crecimiento económico sostenido debe darse mediante la producción interna, permitiendo el acceso a la inversión extranjera y abriendo el mercado nacional a productos extranjeros para, en base a la reciprocidad, promover la exportación, creación de empleos y acceso a tecnología.

Como se advierte fácilmente, en el sexenio de De la Madrid inicia la reversión de las anteriores políticas macroeconómicas del estado mexicano, buscando la apertura comercial, reduciendo la protección estatal a los productos mexicanos, promoviendo de tal manera la competitividad y eficiencia en la producción.¹³²

Prueba de la apertura comercial que pretendía el gobierno de nuestro país, es en el año de 1986 cuando se formalizó la entrada de México al Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT).¹³³

Posteriormente con Carlos Salinas de Gortari se continúa con la política económica de apertura, y es por eso que en el año de 1992 fue suscrito por nuestro país el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC), aunque haya entrado en vigor hasta el 1º de enero de 1994.

Lo interesante de la trayectoria en política económica, es que paralelamente a la búsqueda de una apertura comercial, las grandes EMNs empiezan a considerar a nuestro país como una opción para su establecimiento, y si se cuenta con una legislación con bondades para su constitución, agiliza tanto el crecimiento de la economía nacional, como el de las propias EMNs.

¹³² *Idem.*

¹³³ Por sus siglas en inglés: GATT *General Agreement of Trade and Tariffs*.

3.3.2. Análisis de la Ley de Inversión Extranjera. (*Diario Oficial de la Federación de 27 de diciembre de 1993, actualmente vigente*).

El objeto de la Ley de Inversión Extranjera de 1993 (“LIE”) “es la determinación de reglas para canalizar la inversión extranjera hacia el país y propiciar que ésta contribuya al desarrollo nacional”.¹³⁴

De su artículo 2 se desprende que incluye a la mayoría de las EMNs, porque considera como *inversionista extranjero* a la persona física o moral de nacionalidad distinta a la mexicana y las entidades extranjeras sin personalidad jurídica.¹³⁵ Pudiera pensarse que no aplica a las EMNs constituidas conforme a las leyes de México, ya que son de nacionalidad mexicana. Sin embargo, como ya se ha mencionado, en el caso de las EMNs, parte de su capital social ha sido aportado por empresas extranjeras –*holdings*–, lo que hace que en muchas ocasiones se cumpla con el supuesto de tratarse de personas morales que no se han constituido conforme a las leyes de nuestro país, o aun habiéndolo hecho no tienen en México su domicilio legal.

La LIE regula la inversión extranjera, considerando como tal a aquella que reúna las siguientes características:¹³⁶

La participación de inversionistas extranjeros, en cualquier proporción, en el capital social de sociedades mexicanas;

La realizada por sociedades mexicanas con mayoría de capital extranjero, y

La participación de inversionistas extranjeros en las actividades y actos contemplados por la LIE.

¹³⁴ Artículo 1 de la LIE.

¹³⁵ Fracción III del Artículo 2º de la LIE.

¹³⁶ Fracción II del Artículo 2º de la LIE.

La LIE es la legislación que abre las puertas a la inversión extranjera, sin embargo impone ciertas limitaciones y restricciones. Se pudiera decir que en relación con la inversión extranjera hay cinco supuestos:

- (a) Empresas en las cuales puede participar la inversión extranjera en cualquier porcentaje en el capital social (*principio general*).
- (b) Empresas que se dedican a actividades consideradas áreas estratégicas del Estado. No pueden tener participación de inversión extranjera ni nacional en ningún porcentaje.¹³⁷
- (c) Empresas cuyas actividades no son reservadas al Estado pero sí para mexicanos o sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros.¹³⁸
- (d) Empresas en las cuales se permite la participación de inversión extranjera pero con ciertos límites en cuanto a su porcentaje de participación. Se subdividen en dos tipos:
 - (1) Con porcentaje de participación extranjera inflexible.¹³⁹
 - (2) Con porcentaje de participación extranjera flexible.¹⁴⁰
- (e) Aquéllas empresas en las cuales no se puede participar en más del 49% de su capital social en virtud del valor de los activos de la empresa.

A continuación analizaremos los tipos de empresas que enumeramos en los anteriores incisos.

¹³⁷ Artículo 5 de la LIE.

¹³⁸ Artículo 6 de la LIE.

¹³⁹ Artículo 7 de la LIE.

¹⁴⁰ Artículo 8 de la LIE.

(a) Empresas en las cuales la inversión extranjera puede participar en cualquier porcentaje en el capital social.

En este supuesto, estamos ante empresas cuya participación de inversión extranjera puede ser de cualquier porcentaje al amparo del artículo 4 de la LIE que en su primer párrafo establece:

Artículo 4º.- La inversión extranjera podrá participar en *cualquier proporción en el capital social de sociedades mexicanas*, adquirir activos fijos, ingresar a nuevos campos de actividad económica o fabricar nuevas líneas de productos, abrir y operar establecimientos, y ampliar o relocalizar los ya existentes, salvo por lo dispuesto en esta ley.

Podemos afirmar que se trata de un principio general que nuestro legislador decidió plasmar y que demuestra –en opinión de Robles Farías– que el espíritu de la LIE es el de permitir la inversión libre de recursos extranjeros, y como consecuencia, su participación hasta en un 100% en el capital de las empresas mexicanas.¹⁴¹ Como se aprecia, se establece un principio general de carácter permisivo, es decir, que la ley enumera lo que la inversión extranjera puede hacer; lo que significa muy mala técnica legislativa, ya que las leyes no deben decir lo que está permitido, sino lo que está prohibido.

Al establecer el artículo que la inversión extranjera podrá ser en *cualquier proporción*, lógicamente incluye la participación totalitaria en el capital social de una empresa (i.e. 100% del capital social suscrito por extranjeros).

Quiero traer a la atención la última frase del primer párrafo del artículo que se comenta: “salvo por lo dispuesto en *esta ley*”. Pareciese que únicamente la LIE podrá imponer limitaciones a la inversión extranjera y no otras leyes provenientes del mismo

¹⁴¹ Cfr. ROBLES FARIÁS, Diego. *Op. cit.* p. 28.

órgano legislativo que pudiesen establecer limitaciones. De nueva cuenta acudimos al maestro González Luna para ver su opinión a este respecto:

Parece que el texto legal permite que tales limitaciones se impongan solamente a través de la LIE. Aunque gramaticalmente esto es correcto, no debe entenderse que sólo la LIE pueda establecer limitaciones a los extranjeros. Nuevamente la técnica legislativa de nuestros legisladores brilla por su ausencia. Una ley no puede limitar al poder legislativo mismo de manera que le prohíba legislar en el futuro sobre una materia en algún sentido. Esto significaría congelar la facultad legislativa misma. Eso puede hacerlo solamente la Constitución, y aun esta prohibición requiere del juicio de amparo o del juicio constitucional para concretizarse. Esto que digo se confirma por la fracción XIV del artículo 5 de la propia LIE.¹⁴²

Si bien mencionamos que se trata de un principio general, luego en tanto, los siguientes supuestos vienen a ser prohibiciones o limitaciones al principio general analizado.

(b) Empresas cuyas actividades son consideradas áreas estratégicas del Estado.

Las empresas cuyas actividades son parte de las áreas estratégicas reservadas al Estado, son las contempladas por el artículo 5 de la LIE:

Artículo 5º.- Están reservadas de manera exclusiva al Estado las funciones que determinen las leyes en las siguientes áreas estratégicas:

- I. Petróleo y demás hidrocarburos.
- II. Petroquímica básica.
- III. Electricidad.,
- IV. Generación de energía nuclear
- V. Minerales radioactivos.

¹⁴² GONZÁLEZ LUNA MARSEIYE, Santiago. *Op. cit.*

- VI. Derogada¹⁴³
- VII. Telégrafos.
- VIII. Radiotelegrafía.
- IX. Correos.
- X. Derogada.¹⁴⁴
- XI. Emisión de billetes.
- XII. Acuñación de moneda.
- XIII. Control, supervisión y vigilancia de puertos, aeropuertos y helipuertos, y
- XIV. Las demás que expresamente señalen las disposiciones legales aplicables.

En este tipo de actividades no podrá participar ni siquiera la inversión realizada por nacionales. Claro está, que la anterior disposición puede modificarse y en cuyo caso se podrá participar en los porcentajes que establezca la legislación de la materia.¹⁴⁵

(c) Empresas reservadas a mexicanos o sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros.

Este supuesto hace referencia únicamente a las actividades que podrán realizar mexicanos o sociedades mexicanas:

Artículo 6º.- Las actividades económicas y sociedades que se mencionan a continuación, están reservadas de manera exclusiva a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros:

- I. Transporte terrestre nacional de pasajeros, turismo y carga, sin incluir los servicios de mensajería y paquetería;¹⁴⁶

¹⁴³ En *Diario Oficial de la Federación* del 7 de junio de 1995 se publicó un Decreto mediante el cual se dio a conocer la Ley Federal de Telecomunicaciones, cuyo artículo segundo transitorio derogó la fracción VI de la LIE.

¹⁴⁴ En *Diario Oficial de la Federación* del 12 de mayo de 1995 se publicó un Decreto mediante el cual se dio a conocer la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario, cuya fracción II del artículo tercero transitorio, derogó la fracción X del artículo 5 de la LIE.

¹⁴⁵ V.gr. Anteriormente la fracción X consideraba a los ferrocarriles como actividad exclusiva del Estado y fue derogada según publicación en el *Diario Oficial de la Federación* del 2 de marzo de 1995 y además en la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario (*Diario Oficial de la Federación* del 12 de mayo de 1995).

- II. Comercio al por menor de gasolina y distribución de gas licuado de petróleo;
- III. Servicios de radiodifusión y otros de radio y televisión, distintos de televisión por cable;
- IV. Uniones de crédito;
- V. Instituciones de banca de desarrollo, en los términos de la ley de la materia, y
- VI. La prestación de servicios profesionales y técnicos que expresamente señalen las disposiciones legales aplicables.

La inversión extranjera no podrá participar en las actividades y sociedades mencionadas en el presente artículo directamente, ni a través de fideicomisos, convenios, pactos sociales o estatutarios, esquemas de piramidación, u otro mecanismo que les otorgue control o participación alguna, salvo por lo dispuesto en el Título Quinto de esta ley.

Hay que señalar qué se entiende por *cláusula de exclusión de extranjeros*, y a este respecto el artículo 2 de la LIE establece:

Artículo 2º.- Para los efectos de esta ley, se entenderá por:

...

VII. Cláusula de Exclusión de Extranjeros: El convenio o pacto expreso que forme parte integrante de los estatutos sociales, por el que se establezca que las sociedades de que se trate *no admitirán directa o indirectamente* como socios o accionistas a inversionistas extranjeros, ni a sociedades con cláusula de admisión de extranjeros.

Ahora bien, no estamos ante una prohibición de carácter absoluto, ya que establece como excepción lo dispuesto por el Título Quinto de la LIE (i.e. la inversión neutra)¹⁴⁷. No

¹⁴⁶ El artículo sexto transitorio de la LIE establece: "Están reservadas de manera exclusiva a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros las actividades de transporte terrestre internacional de pasajeros, turismo y de carga entre puntos del territorio de México y el servicio de administración de centrales camioneras de pasajeros y servicios auxiliares.

Sin embargo, en las actividades mencionadas la inversión extranjera podrá participar de conformidad con las disposiciones siguientes:

I. A partir del 18 de diciembre de 1995, hasta el 49% del capital social de sociedades mexicanas;

II. A partir del 1º de enero del año 2001, hasta el 51% del capital social de sociedades mexicanas, y

III: A partir del 1º de enero del año 2004, hasta el 100% del capital social de sociedades mexicanas sin necesidad de obtener la resolución favorable de la Comisión.

¹⁴⁷ Parte final del artículo 6 de la LIE.

podemos avanzar sin precisar el concepto de *inversión neutra*. La ley otorga el carácter de inversión neutra a los siguientes tres tipos de inversión:¹⁴⁸

- (i) Inversión neutra representada por instrumentos emitidos por las instituciones fiduciarias.¹⁴⁹
- (ii) Inversión neutra representada por series especiales de acciones.¹⁵⁰
- (iii) Inversión neutra realizada por sociedades financieras internacionales para el desarrollo.¹⁵¹

(d) Empresas en las cuales se permite la participación de inversión extranjera pero con ciertos límites en cuanto a su porcentaje de participación. Se subdividen en dos tipos:

Son sociedades en las cuales la participación de la inversión extranjera se limita según el tipo de actividad a ciertos porcentajes. Esta clasificación se divide en dos subgrupos, a saber: (i) aquellas empresas que se dedican a actividades en las que el límite a

¹⁴⁸ Anteriormente eran cuatro tipos, y el artículo que refería la inversión neutra a la efectuada en sociedades controladoras de grupos financieros, instituciones de banca múltiple y casas de bolsa, fue derogado mediante publicación en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de Diciembre de 1996.

¹⁴⁹ "Artículo 19.- La Secretaría podrá autorizar a las instituciones fiduciarias para que expidan instrumentos de inversión neutra que únicamente otorgarán, respecto de sociedades, derechos pecuniarios a sus tenedores y, en su caso, derechos corporativos limitados, sin que concedan a sus tenedores derecho de voto en sus Asambleas Generales Ordinarias.

La Secretaría tendrá un plazo máximo de treinta y cinco días hábiles para otorgar o negar la autorización solicitada, contado a partir del día siguiente al de la presentación de la solicitud. Concluido dicho plazo sin que se emita resolución, se entenderá aprobada la solicitud respectiva". Debemos entender que este artículo hace referencia a documentos que representan derechos de fideicomisario. Se otorgan derechos pecuniarios a sus tenedores y en su caso derechos corporativos limitados (no derecho a voto en asamblea general ordinaria).

¹⁵⁰ "Artículo 20.- Se considera neutra la inversión en acciones sin derecho a voto o con derechos corporativos limitados, siempre que obtengan previamente la autorización de la Secretaría y, cuando resulte aplicable, de la comisión Nacional Bancaria y de Valores.

La Secretaría tendrá un plazo máximo de treinta y cinco días hábiles para otorgar o negar la autorización solicitada, contado a partir del día siguiente al de la presentación de la solicitud. Concluido dicho plazo sin que se emita resolución, se entenderá aprobada la solicitud respectiva". Nótese que únicamente hace referencia a las acciones, lo que nos lleva a sostener que sólo se aplica a las sociedades en comandita por acciones y a las sociedades anónimas (Véase 3.2.4 y 3.2.6).

¹⁵¹ "Artículo 22.- La Comisión podrá resolver sobre la inversión neutra que pretendan realizar sociedades financieras internacionales para el desarrollo en el capital social de sociedades, de acuerdo a los términos y condiciones que para el efecto se establezcan en el reglamento de esta ley". Un ejemplo de este tipo de sociedades financieras internacionales son el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo.

la inversión extranjera es inflexible, y (ii) aquellas en las que el límite a la inversión extranjera es flexible.

Para saber qué actividades son las que establecen como inflexible el límite a la inversión extranjera hay que acudir al artículo 7º de la LIE que establece lo siguiente:

Artículo 7º.- En las actividades económicas y sociedades que se mencionan a continuación la inversión extranjera podrá participar en los porcentajes siguientes:

I. Hasta el 10% en:

Sociedades cooperativas de producción;

II. Hasta el 25% en:

- a) Transporte aéreo nacional;
- b) Transporte en aerotaxi, y
- c) Transporte aéreo especializado;

III. Hasta el 49% en:

- a) Sociedades controladoras de grupos financieros;
- b) Instituciones de Banca Múltiple;
- c) Casas de bolsa;
- d) Especialistas bursátiles;
- e) Instituciones de seguros;
- f) Instituciones de Fianzas;
- g) Casas de cambio;
- h) Almacenes generales de depósito;
- i) Arrendadoras financieras;
- j) Empresas de factoraje financiero;
- k) Sociedades financieras de objeto limitado;
- l) Sociedades a las que se refiere el artículo 12 bis de la Ley del Mercado de Valores.
- m) Acciones representativas del capital fijo de sociedades de inversión;
- n) Sociedades operadoras de sociedades de inversión;
- o) Administradoras de fondos para el retiro;

- p) Fabricación y comercialización de explosivos, armas de fuego, cartuchos, municiones y fuegos artificiales, sin incluir la adquisición y utilización de explosivos para actividades industriales y extractivas, ni la elaboración de mezclas explosivas para el consumo de dichas actividades;
- q) Impresión y publicación de periódicos para circulación exclusiva en territorio nacional.
- r) Acciones serie "T" de sociedades que tengan en propiedad tierras agrícolas, ganaderas y forestales;
- s) Pesca en agua dulce, costera y en la zona económica exclusiva, sin incluir acuicultura;
- t) Administración portuaria integral;
- u) Servicios portuarios de pilotaje a las embarcaciones para realizar operaciones de navegación interior en los términos de la Ley de la materia;
- v) Sociedades navieras dedicadas a la explotación comercial de embarcaciones para la navegación interior y de cabotaje, con excepción de cruceros turísticos y la explotación de dragas y artefactos navales para la construcción, conservación y operación portuaria;
- w) Suministro de combustibles y lubricantes para embarcaciones y aeronaves y equipo ferroviario, y
- x) Sociedades concesionarias en los términos de los artículos 11 y 12 de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

IV. Derogada¹⁵²

Los límites para la participación de inversión extranjera señalados en este artículo, no podrán ser rebasados directamente, ni a través de fideicomisos, convenios, pactos sociales o estatutarios, esquemas de piramidación, o cualquier otro mecanismo que otorgue control o una participación mayor a la que se establece, salvo por lo dispuesto en el Título Quinto de esta ley.

De nueva cuenta, concede la posibilidad de utilizar los esquemas de inversión neutra. Además conviene que para los límites máximos no se considera la inversión extranjera indirecta. Veamos el contenido del último párrafo del artículo 4 de la LIE:

¹⁵² *Diario Oficial de la Federación* del 24 de diciembre de 1996.

Artículo 4º.- ...

Para efectos de determinar el porcentaje de inversión extranjera en las actividades económicas sujetas a límites máximos de participación, no se computará la inversión extranjera que, de manera indirecta, sea realizada en dichas actividades a través de sociedades mexicanas con mayoría de capital mexicano, siempre que esta últimas no se encuentren controladas por la inversión extranjera.

En el artículo transcrito, se prevé la posibilidad de utilizar el esquema de “piramidación” para que la inversión extranjera pueda rebasar los límites señalados por la ley utilizando sociedades mexicanas cuyo capital sea mayoritariamente nacional.¹⁵³ No obstante lo anterior, y así lo aclara el maestro Diego Robles Farías, el artículo 7º se refiere a los esquemas de “piramidación” o cualquier otro mecanismo que otorgue el control o, a una participación mayor a la que establece la LIE, de forma tal que “cuando la inversión extranjera no ejerza el control de la sociedad, por el solo hecho de que resulta una participación superior a la permitida por la ley, se estará violando el espíritu de la prohibición señalada en la parte final del artículo 7, lo que hace evidente la existencia de una contradicción legal entre ambos preceptos”.¹⁵⁴

El segundo tipo de empresas es aquél cuyo límite en el porcentaje de participación puede ser modificado mediante una resolución favorable de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras.¹⁵⁵

Artículo 8º.- Se requiere resolución favorable de la Comisión para que la inversión extranjera participe en un porcentaje mayor al 49% en las actividades económicas y sociedades que se mencionan a continuación:

¹⁵³ Cfr. ROBLES FARIÁS, Diego. *Op. cit.*, p. 35.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 36.

¹⁵⁵ La Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras se integra por los Secretarios de Gobernación, de Relaciones Exteriores, de Hacienda y Crédito Público, de Desarrollo Social, del Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca, de Energía, de Comercio y Fomento Industrial, de Comunicaciones y Transportes, de Trabajo y Previsión Social, y de Turismo (artículo 23 de la Ley de Inversión Extranjera).

- I. Servicios portuarios a las embarcaciones para realizar sus operaciones de navegación interior, tales como remolque, amarre de cabos y lanchaje;
- II. Sociedades navieras dedicadas a la explotación de embarcaciones exclusivamente en tráfico de altura;
- III. Sociedades concesionarias o permisionarias de aeródromos de servicio al público;
- IV. Servicios privados de educación preescolar, primaria, secundaria, media superior, superior y combinados;
- V. Servicios legales;
- VI. Sociedades de información crediticia;
- VII. Instituciones calificadoras de valores;
- VIII. Agentes de seguros;
- IX. Telefonía celular;
- X. Construcción de ductos para la transportación de petróleo y sus derivados;
- XI. Perforación de pozos petroleros y de gas, y
- XII. Construcción, operación y explotación de vías férreas que sean vía general de comunicación, y prestación del servicio público de transporte ferroviario.

(e) Aquellas empresas en las cuales no se puede participar en más del 49% de su capital social en virtud del valor de los activos de la empresa.

En esta situación, la inversión extranjera no podrá participar en un porcentaje mayor al 49%, a menos de que se obtenga una resolución favorable de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras. A este respecto el artículo 9 de la LIE establece:

Artículo 9º.- Se requiere resolución favorable de la Comisión para que en las sociedades mexicanas donde la inversión extranjera pretenda participar, directa o indirectamente, en una proporción mayor al 49% de su capital social, únicamente cuando el valor total de activos de las sociedades de que se trate, al momento de someter la solicitud de adquisición, rebase el monto que determine anualmente la propia Comisión.

Una vez hecho el análisis de los distintos tratamientos que dan a las empresas con inversión extranjera, tenemos un panorama del interés que se tiene en la internación al país de EMNs y cómo la legislación se ha ido adecuando a las necesidades de este tipo de empresas pero sin dejar de “proteger” y limitar la inversión extranjera determinadas actividades que le permiten al gobierno fijar y mantener el rumbo de la política económica del país.

3.4. Regulación del Comercio Exterior en México (Análisis de la Ley de Comercio Exterior).

Antes de entrar al análisis de la legislación en materia de comercio exterior, hay que justificar su inclusión en este trabajo. La importancia de la legislación en esta materia se deriva de la esencia del comercio exterior, la cual consiste en ser una variable de todo el sistema económico que trata de la inserción de un país como vendedor y comprador de bienes y servicios en los mercados externos.¹⁵⁶ Además la legislación de comercio exterior se puede conceptuar como el conjunto de ordenamientos jurídicos, tanto de orden nacional como internacional, que regulan las relaciones necesarias que sobre esta materia existen entre los órganos públicos de diversos Estados y de éstos para con los particulares que realizan actos de comercio exterior (v. gr. EMNs).¹⁵⁷ En este sentido los objetivos comerciales de las EMNs son muy diversos, aunque un porcentaje muy alto tiene el objetivo de la producción y *comercialización* de bienes derivando en la importación de materia prima y exportación de lo productos terminados, es en este caso cuando resultan aplicables algunas disposiciones de la Ley de Comercio Exterior (“LCE”).

La fuente primaria de nuestro derecho económico en materia de comercio exterior se encuentra en el segundo párrafo del artículo 131 de la CPEUM que establece que:

¹⁵⁶ Cfr. WITKER, Jorge. *El Régimen Jurídico del Comercio Exterior de México*, UNAM, México, 1ª ed., 1991, p. 11

¹⁵⁷ Cfr. MARTÍNEZ VERA, Rogelio. *Legislación del Comercio Exterior*, Ed. McGraw – Hill, México, 1997, p. 8.

El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso, y para crear otras, así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquier otro propósito en beneficio del país. El propio Ejecutivo, al enviar al congreso el presupuesto fiscal de cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida.¹⁵⁸

Otra fuente primaria en relación con la regulación del comercio exterior es la LCE, la cual fue publicada el 27 de julio de 1993 en el *Diario Oficial de la Federación*. En estas fuentes se encuentra la base constitucional del manejo de esta materia.

Ahora bien, pasemos al análisis de la LCE haciendo la aclaración que no se hará un análisis exhaustivo del mismo, sino únicamente se mostrará un breve panorama de solo algunas de sus disposiciones. Esta ley tiene por objeto: (i) regular y promover el comercio exterior; (ii) incrementar la competitividad de la economía nacional; (iii) propiciar el uso eficiente de los recursos productivos del país, e integrar adecuadamente la economía mexicana con la internacional, y (iv) contribuir a elevar del bienestar de la población.¹⁵⁹

La LCE en su artículo 4 otorga una serie de facultades al Ejecutivo Federal, en relación con la regulación del comercio exterior. Analicemos algunas de ellas:

- I. Crear, aumentar, disminuir o suprimir aranceles, mediante decretos publicados en el Diario Oficial de la Federación de conformidad con lo establecido en el artículo 131 de la CPEUM;

Los aranceles que son las cuotas de las tarifas de los impuestos generales de exportación e importación son clasificados por la ley en:¹⁶⁰

¹⁵⁸ Artículo 131 CPEUM.

¹⁵⁹ Artículo 1° de la LCE.

¹⁶⁰ Artículo 12 de la LCE.

- (i) *Ad-valorem*: cuando se expresen en términos porcentuales del valor en aduana de la mercancía. (v. gr. determinado porcentaje sobre los bienes originarios de Canadá que se internen a México con carácter de definitivo).
- (ii) *Específicos*: cuando se expresen en términos monetarios por unidad de medida, (v. gr. determinado monto por cada tonelada de producto agroquímico importado definitivamente a México), y
- (iii) *Mixtos*: cuando se trate de la combinación de los dos anteriores.

Estos aranceles pueden ser sujetos a la adopción de las modalidades de:¹⁶¹

- a. *Arancel-cupo*, cuando se establezca un nivel arancelario para cierta cantidad o valor de mercancías exportadas o importadas, y una tasa diferente a las exportaciones o importaciones de esas mercancías que excedan dicho monto;
- b. *Arancel estacional*: cuando se establezcan niveles arancelarios distintos para diferentes períodos del año, y
- c. *Las demás que señale el Ejecutivo Federal*.

El legislador fue prudente al contemplar en el artículo 14 de la LCE la posibilidad de establecer diferentes aranceles a los generales previstos en las tarifas de los impuestos generales de exportación e importación cuando lo establezcan tratados o convenios comerciales internacionales de los cuales nuestro país sea parte.

- II. Regular, restringir o prohibir la exportación, importación, circulación o tránsito de mercancías, cuando lo estime urgente, mediante decretos publicados en el Diario Oficial de la Federación, de conformidad con el artículo 131 de la CPEUM;
- III. Establecer medidas para regular o restringir la exportación o importación de mercancías a través de acuerdos expedidos por la Secretaría o, en su caso,

¹⁶¹ Artículo 13 de la LCE.

conjuntamente con la autoridad competente, y publicados en el Diario Oficial de la Federación;

En relación con estas medidas de regulación y restricción no arancelarias a la *exportación* de mercancías sólo podrán establecerse en los siguientes casos:¹⁶²

- a) Para asegurar el abasto de productos destinados al consumo básico de la población y el abastecimiento de materias primas a los productores nacionales o para regular o controlar recursos naturales no renovables del país, de conformidad a las necesidades del mercado interno y las condiciones del mercado internacional.
- b) Conforme a lo dispuesto en tratados o convenios internacionales de los que México sea parte.
- c) Cuando se trate de productos cuya comercialización esté sujeta por disposición constitucional, a restricciones específicas.
- d) Cuando se trate de preservar la fauna y la flora en riesgo o peligro de extinción o de asegurar la conservación o aprovechamiento de especies.
- e) Cuando se requiera conservar los bienes de valor histórico, artístico o arqueológico.
- f) Cuando se trate de situaciones no previstas por las normas oficiales mexicanas en lo referente a seguridad nacional, salud pública, sanidad fitopecuaria o ecología, de acuerdo con la legislación en la materia.

Las medidas de regulación y restricción no arancelarias para la *importación* de mercancías sólo podrán establecerse en los siguientes casos:¹⁶³

¹⁶² Artículo 15 de la LCE.

¹⁶³ Artículo 16 de la LCE.

- a) Cuando se requieran de modo temporal para corregir desequilibrios en la balanza de pagos, de acuerdo con los tratados o convenios internacionales de los que México sea parte.
- b) Para regular la entrada de productos usados, de desecho o que carezcan de mercado sustancial en su país de origen o procedencia.
- c) Conforme a lo dispuesto en tratados o convenios internacionales de los que México sea parte.
- d) Como respuesta a las restricciones a exportaciones mexicanas aplicadas unilateralmente por otros países.
- e) Cuando sea necesario impedir la concurrencia al mercado interno de mercancías en condiciones que impliquen prácticas desleales de comercio internacional, conforme a lo dispuesto en la LCE.
- f) Cuando se trate de situaciones no previstas por las normas oficiales mexicanas en lo referente a seguridad nacional, salud pública, sanidad fitopecuaria o ecología, de acuerdo con la legislación en la materia.

IV. Establecer medidas para regular o restringir la circulación o tránsito de mercancías extranjeras por el territorio nacional procedentes del y destinadas al exterior a través de acuerdos expedidos por la autoridad competente y publicados en el Diario Oficial de la Federación;

Los casos en los cuales aplica son los mismos que para el caso de las importaciones referidos en el caso del inciso número III.

V. Conducir negociaciones comerciales internacionales a través de la Secretaría, sin perjuicio de las facultades que correspondan a otras dependencias del Ejecutivo Federal, y

VI. Coordinar, a través de la Secretaría, la participación de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y de los gobiernos de los estados en las actividades de promoción del comercio exterior, así como concertar acciones en la materia con el sector privado.

Veamos ahora las facultades conferidas a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial:¹⁶⁴

- I. Estudiar, proyectar y proponer al Ejecutivo Federal modificaciones arancelarias;
- II. Tramitar y resolver las investigaciones en materia de medidas de salvaguarda, así como proponer al Ejecutivo Federal las medidas que resulten de dichas investigaciones;
- III. Estudiar, proyectar, establecer y modificar medidas de regulación y restricción no arancelarias a la exportación, importación, circulación y tránsito de mercancías;
- IV. Establecer las reglas de origen;
- V. Otorgar permisos previos y asignar cupos de exportación e importación;
- VI. Establecer los requisitos de marcado de país de origen;
- VII. Tramitar y resolver las investigaciones en materia de prácticas desleales de comercio internacional, así como determinar las cuotas compensatorias que resulten de dichas investigaciones;
- VIII. Asesorar a los exportadores mexicanos involucrados en investigaciones en el extranjero en materia de prácticas desleales de comercio internacional y medidas de salvaguarda;
- IX. Coordinar las negociaciones comerciales internacionales con las dependencias competentes;
- X. Expedir las disposiciones de carácter administrativo en cumplimiento de los tratados o convenios internacionales en materia comercial de los que México sea parte;
- XI. Establecer mecanismos de promoción de las exportaciones, y
- XII. Las demás que le encomienden expresamente las leyes y los reglamentos.

¹⁶⁴ Artículo 5 de la LCE.

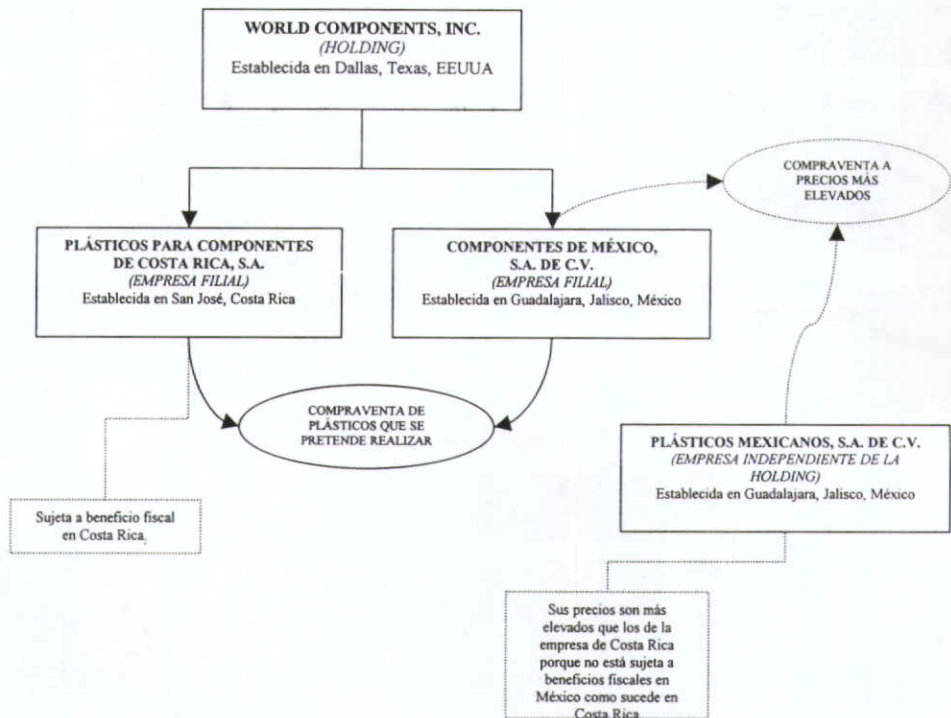
Conviene hacer mención que la LCE contempla en el Título V las *Prácticas Desleales de Comercio Internacional*, lo cual resulta interesante para el esquema utilizado por algunas EMNs.

La LCE establece en el artículo 28 el alcance de prácticas desleales de comercio internacional:

Artículo 28.- Se consideran prácticas desleales de comercio internacional la importación de mercancías en condiciones de discriminación de precios u objeto de subvenciones en su país de origen o procedencia, que causen o amenacen causar un daño a la producción nacional. Las personas físicas o morales que importan mercancías en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional están obligadas a pagar una cuota compensatoria conforme a lo dispuesto en esta ley.

Esta disposición atrae la atención de los estrategas de las EMNs que pretenden utilizar las demás compañías de la *holding* (filiales) que se encuentran en el extranjero y que pudiesen proporcionar un precio más bajo. Veamos el siguiente ejemplo: una EMN establecida en nuestro país denominada “Componentes de México, S.A. de C.V.” se dedica a la producción y manufactura de componentes electrónicos para equipo telefónico. Para ello requiere de una base de plástico pero sucede que esta empresa pertenece a un grupo denominado “World Components, Inc.” que a escala internacional cuenta con varias divisiones, siendo una de ellas la de elaboración de bases de plástico que se encuentra establecida en la República de Costa Rica bajo la denominación “Plásticos para Componentes de Costa Rica S.A.”. Resulta entonces obvio y lógico para una mentalidad comercial que la empresa “Componentes de México, S.A. de C.V.” adquiera las bases de plástico producidas por “Plásticos para Componentes de Costa Rica, S.A.”, siendo que pertenece a la misma *holding*, además de que al encontrarse establecida en la República de Costa Rica está sujeta a un beneficio fiscal otorgado por el gobierno de Costa Rica a los exportadores de bases de plástico para componentes electrónicos. El problema se presenta al existir una empresa mexicana de nombre “Plásticos Mexicanos, S.A. de C.V.” también dedicada a la producción de bases de plástico cuyos precios son más elevados. Ante esta

hipótesis, ¿estaríamos en presencia de una práctica desleal de comercio internacional por tratarse de una condición de discriminación de precios y existir una subvención por parte del gobierno del país de origen? Lo anterior se puede expresar gráficamente de la siguiente manera:



Para resolver el cuestionamiento anterior, debemos hacer un análisis de los elementos necesarios para considerarlo como una práctica desleal de comercio internacional. Existen tres elementos, a saber: (i) discriminación de precios, (ii) objeto de subvenciones en su país de origen o procedencia, y (iii) daño o amenaza de daño a la producción nacional.

Pasemos al análisis de los anteriores términos:

A) *Discriminación de Precios.*

En la práctica se conoce a la discriminación de precios como “*dumping*”. La LCE contempla en el Capítulo II del Título V el concepto de “Discriminación de Precios”:

Artículo 30.- La importación en condiciones de discriminación de precios consiste en la introducción de mercancías al territorio nacional a un precio inferior a su valor normal.

El problema del anterior concepto consiste en determinar qué debemos entender por *precio inferior a su valor normal*:

Artículo 31.- El valor normal de las mercancías exportadas a México es el precio comparable de una mercancía idéntica o similar que se destine al mercado interno del país de origen en el curso de operaciones comerciales normales.

Sin embargo, cuando no se realicen ventas de una mercancía idéntica o similar en el país de origen, o cuando tales ventas no permitan una comparación válida, se considerará como valor normal, en orden sucesivo:

I. El precio comparable de una mercancía idéntica o similar exportada del país de origen a un tercer país en el curso de *operaciones comerciales normales*. Este precio podrá ser el más alto, siempre que sea un precio representativo, y

II. El valor reconstruido en el país de origen que se obtendrá de la suma del costo de producción, gastos generales y una utilidad razonable, los cuales deberán corresponder a operaciones comerciales normales en el país de origen.

Resumiendo el concepto de valor normal de una mercancía, podemos decir que es el precio de la mercancía comparado con el de otra mercancía idéntica o similar en su propio país de origen o de procedencia.¹⁶⁵

Surge ahora la interrogante de qué se considera como mercancía idéntica y mercancía similar, para lo cual debemos acudir al RLCE que establece en su artículo 37 que son *mercancías idénticas* los productos que sean iguales en todos sus aspectos al producto

¹⁶⁵ Cfr. MARTÍNEZ VERA, Rogelio. *Op. cit.* p. 109.

investigado; y que *mercancías similares* son los productos que, aún cuando no sean iguales en todos los aspectos, tengan características y composición semejantes que les permita cumplir las mismas funciones y ser comercialmente intercambiables con los que se compara.¹⁶⁶

Otro término que es preciso aclarar es el de *operaciones comerciales normales*; la LCE establece que son las operaciones comerciales que reflejen condiciones de mercado en el país de origen y que se hayan realizado habitualmente, o dentro de un período representativo, entre compradores y vendedores independientes.¹⁶⁷

B) *Subvenciones.*

Son subsidios o subvenciones los beneficios que otorga un gobierno extranjero, sus organismos públicos o mixtos, así como sus entidades, de manera directa o indirecta, a los productores, transformadores, comercializadores o exportadores de mercancías, con el objeto de fortalecer inequitativamente su posición competitiva internacional.¹⁶⁸ Es el capítulo III del Título V materia de análisis, el que contempla el concepto de Subvenciones, que dice:

Artículo 37.- La subvención es el beneficio que otorga un gobierno extranjero, sus organismos públicos o mixtos, o sus entidades, directa o indirectamente, a los productores, transformadores, comercializadores o exportadores de mercancías, para fortalecer inequitativamente su posición competitiva internacional, salvo que se trate de prácticas internacionalmente aceptadas. Este beneficio podrá tomar la forma de estímulos, incentivos, primas, subsidios o ayudas de cualquier clase...

Completamos la información comentando que para el cálculo del monto de la subvención de la mercancía, se deducirá el total de los impuestos de exportación, derechos

¹⁶⁶ Artículo 37 del RLCE.

¹⁶⁷ Artículo 32 de la LCE.

¹⁶⁸ Cfr. MARTÍNEZ VERA, Rogelio. *Op. cit.* p. 109-110.

u otros gravámenes a que se haya sometido la exportación de la mercancía en el país de origen, destinados a neutralizar la subvención.¹⁶⁹ Otro punto interesante es que se considera como margen de discriminación de precios de la mercancía a la diferencia entre su valor normal y su precio de exportación.¹⁷⁰

Pasemos a comentar el tercer elemento de las prácticas desleales de comercio internacional:

C) Daño y Amenaza de Daño a la Producción Nacional.

Debemos entender por *daño* a la pérdida o menoscabo patrimonial o la privación de cualquier ganancia lícita y normal que sufra o pueda sufrir la producción nacional de las mercancías de que se trate, o el obstáculo al establecimiento de nuevas industrias.¹⁷¹ *Amenaza de daño* es el peligro inminente y claramente previsto de daño a la producción nacional.¹⁷²

Es curioso que al referir en la LCE los anteriores conceptos, el legislador añade que la determinación de la amenaza de daño se basará en hechos y no simplemente en alegatos, conjeturas o posibilidades remotas.

Nos parece acertado el hecho de que en términos del artículo 40 de la LCE se entiende por *producción nacional* para el caso de prácticas desleales de comercio internacional, los casos que abarquen cuando menos el 25% de la producción nacional de la mercancía de que se trate. De no haberlo contemplado de esta manera, se hubiese prestado a muchas injusticias en considerar daño a la producción nacional cuando representase un porcentaje muy reducido de la producción total de determinada mercancía.

¹⁶⁹ Artículo 38 de la LCE.

¹⁷⁰ Artículo 38 del RLCE.

¹⁷¹ Artículo 39 de la LCE.

¹⁷² Artículo 39 de la LCE.

Como respuesta al caso práctico planteado, nos aventuramos a decir que sí estamos en presencia de una práctica desleal de comercio internacional siempre y cuando las bases de plástico para componentes electrónicos que pretende comprar la empresa mexicana sea por lo menos del 25% de la producción nacional de bases de plástico; pero hacemos la aclaración que el hecho de tratarse de una práctica desleal de comercio internacional no implica la imposibilidad de realizarlo de dicha manera, ya que la LCE determina que las personas físicas o morales que importen mercancías bajo condiciones de prácticas desleales de comercio internacional están obligadas a pagar una cuota compensatoria conforme a lo dispuesto por la LCE. Es interesante el comentario de Martínez Vera en relación con las prácticas desleales de comercio internacional que dice:

Las prácticas desleales de comercio internacional no pueden evitarse con resoluciones administrativas que tengan por objeto la prohibición o la restricción en el comercio de esas mercaderías. Tampoco pueden neutralizarse a base de contribuciones arancelarias, puesto que esos procedimientos se consideran en la legislación internacional del comercio, como obstáculos no permitidos al comercio exterior, si su fin es evitar u obstruir el comercio internacional de bienes. En consecuencia, el país afectado con esas prácticas desleales, en este caso México, tendrá que recurrir al procedimiento internacionalmente admitido que es el de la imposición de cuotas compensatorias.¹⁷³

Las cuotas compensatorias son aquellas sanciones que con apoyo en los Códigos Internacionales de Conducta y en la ley interna de cada país, las autoridades competentes de determinado país imponen a las personas que realizan prácticas desleales de comercio internacional y consisten en pagar una suma de dinero que se determina tomando en cuenta el diferencial producido con motivo del *dumping*, o de la subvención recibida por el exportador o por quien se hubiere beneficiado con alguna de esas prácticas.¹⁷⁴

Otro punto interesante de la LCE es el concepto de *medidas de salvaguarda*, que son aquéllas que regulan o restringen temporalmente las importaciones de mercancías idénticas, similares o directamente competitivas a las de producción nacional y que tienen

¹⁷³ MARTÍNEZ VERA, Rogelio. *Op. cit.*, p. 110.

¹⁷⁴ *Cfr. Idem.*

por objeto prevenir o remediar el daño serio y facilitar el ajuste de los productores nacionales. Como requisito para la imposición de estas medidas de salvaguarda, se requiere la constatación de que las importaciones hayan aumentado en tal cantidad y en condiciones tales que causen o amenacen causar un daño serio a la producción nacional.¹⁷⁵

Considero necesario citar dos artículos de la LCE para comprender algunos términos utilizados dentro del concepto de medidas de salvaguarda:

Artículo 46.- Daño serio es el daño general significativo a la producción nacional. Amenaza de daño serio es el peligro inminente y claramente previsto de daño serio a la producción nacional. La determinación de amenaza de daño serio se basará en hechos y no simplemente en alegatos, conjeturas o posibilidades remotas.

Artículo 47.- La determinación de daño serio o amenaza de daño serio, de su relación causal con el aumento de las importaciones y el establecimiento de medidas de salvaguarda se realizará a través de una investigación conforme al procedimiento administrativo previsto en esta ley y sus disposiciones reglamentarias.

Cabe señalar que en caso de requerir la imposición de medidas de salvaguarda, desgraciadamente se atiende a criterios políticos más que económicos y que dependerá del país de procedencia y origen de las mercancías.

Es oportuno también invitar al análisis de los procedimientos en materia de comercio exterior contemplados tanto por la LCE como por su reglamento, cuyo estudio dejaremos para otra ocasión.

3.5. Regulación de Competencia Económica.

Es menester dedicar este apartado al estudio –aunque sea a manera muy concisa– del derecho de Competencia Económica en México. En opinión del jurista español Broseta

¹⁷⁵ Artículo 45 de la LCE.

Pont, “la libertad de competencia se presenta actualmente en países que desde una perspectiva socio-político-económica participan –salvo diferencias marginales– de unos principios cardinales comunes”¹⁷⁶ y se refiere precisamente a países adscritos al sistema capitalista. Sin embargo, con objeto de ordenar y regular la competencia económica, de conocer la estructura del mercado y establecer un orden público económico al que debe someterse el capital privado en beneficio de las economías nacionales y de los consumidores, muchos países se han visto en la necesidad de legislar en materia de competencia económica. De ahí la importancia de analizar el derecho de Competencia Económica en México, ya que muchas de las EMNs tienen tal impacto y repercusión en la economía del país que en algunas ocasiones sus actividades están sujetas a la aplicación del derecho de Competencia Económica.

Las normas que regulan el derecho de competencia en nuestro país son:

- a) La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (“CPEUM”).
- b) La Ley Federal de Competencia Económica (“LFCE”).¹⁷⁷
- c) El Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica (“RLFCE”).¹⁷⁸
- d) El Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia.
- e) Las Resoluciones de la Comisión Federal de Competencia.

En el presente estudio, nos centraremos al estudio de la LFCE como fuente del derecho de competencia.

En lo que respecta a la CPEUM, el artículo 28 establece lo siguiente:

¹⁷⁶ BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos, 10ª ed., Madrid 1994, p. 123.

¹⁷⁷ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de diciembre de 1992.

¹⁷⁸ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de marzo de 1998.

Artículo 28.- En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre competencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia...

La anterior es la norma constitucional y su ley reglamentaria es la LFCE de observancia general en toda la República y aplicable a todas las áreas de la actividad económica, que tiene por objeto “proteger el proceso de competencia y libre competencia,

mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios”.¹⁷⁹

Cabría preguntarnos si las EMNs se encuentran sujetas a la LFCE. La respuesta a esta interrogante la encontramos en la misma ley, la cual considera como sujetos a las disposiciones de la ley a “*todos los agentes económicos, sea que se trate de personas físicas o morales, dependencias o entidades de administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos o cualquier otra forma de participación en la actividad económica*”.¹⁸⁰

Es claro que las EMNs constituidas en nuestro país son personas morales, agentes económicos y que además participan en la actividad económica.

Pasemos a los conceptos más importantes que son utilizados por la LFCE. El artículo 8° establece:

Artículo 8°. Quedan prohibidos los monopolios y estancos, así como las prácticas que, en los términos de esta Ley, disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios.

Detengámonos brevemente a definir los términos *monopolio* y *estanco*. La Real Academia de la Lengua Española define al *monopolio* como (a) acaparamiento; (b) ejercicio exclusivo de una actividad, con el dominio o influencia consiguiente, y (c) situación de mercado en que la oferta de un producto se reduce a un solo vendedor, entre otras definiciones.¹⁸¹ Define al *estanco* como “embargo o prohibición del curso y venta libre de algunas cosas, o asiento que se hace para reservar exclusivamente las ventas de mercancías o géneros, fijando los precios a que se hayan de vender”.¹⁸²

¹⁷⁹ Artículos 1° y 2° de la LFCE.

¹⁸⁰ Artículo 3° de la LFCE.

¹⁸¹ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª ed., Madrid, 1992, Tomo II, p. 1396.

¹⁸² *Ibidem*, Tomo I, p. 907.

Es claro el significado de los términos y más claro aun es la prohibición de su existencia.¹⁸³

Independientemente del significado otorgado a los conceptos, de manera acertada la LFCE establece una diferencia entre lo que considera como *prácticas monopólicas absolutas* y *prácticas monopólicas relativas*:

49551

Por un lado el artículo 9º establece qué se debe entender por *prácticas monopólicas absolutas*, otorgando tal carácter a los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto sea cualquiera de los siguientes:

- I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;
- II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir comercializar sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;
- III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables, o
- IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

La consecuencia de las prácticas monopólicas absolutas es que no producirán efectos jurídicos, además de que se hacen acreedores a las sanciones establecidas en la LFCE.

¹⁸³ Hay que aclarar que la LFCE exceptúa del concepto de monopolios a (i) las funciones que el estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 28 de la CPEUM (artículo 4º); (ii) las asociaciones de trabajadores constituidas conforme a la legislación laboral (artículo 5º); (iii) los privilegios concedidos a los autores y artistas para la producción de sus obras y a los inventores para el uso exclusivo de sus inventos (artículo 5º); (iv) las asociaciones o sociedades cooperativas que vendan directamente sus productos en el extranjero siempre y cuando reúnan determinadas condiciones (artículo 6º).

En cambio, se considera *prácticas monopólicas relativas* a los actos, contratos, convenios o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas. En este caso, el artículo 10 establece los casos en los que aplican:

Artículo 10 ...

I. Entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición, o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por periodos de tiempo determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable;

II. La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor debe observar al expender o distribuir bienes o prestar servicios;

III. La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre bases de reciprocidad;

IV. La venta o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;

V. La acción unilateral consistente en rehusarse a vender o proporcionar a personas determinadas bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros;

VI. La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a éstos, para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado, o

VII. En general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios.

Además de las anteriores condiciones, para considerarse prácticas monopólicas relativas debe comprobarse que:¹⁸⁴

¹⁸⁴ Artículo 11 de la LFCE.

- a) El presunto responsable tiene poder sustancial¹⁸⁵ sobre el mercado relevante¹⁸⁶, y
- b) Que se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado relevante de que se trate.

Con respecto a las EMNs, podemos decir por lo anterior que no resulta tan fácil encontrar una EMN que desde el momento de establecerse incurra en alguna práctica monopólica, pero pudiera presentarse esta situación si una EMN produce determinado artículo que no es fabricado por otra empresa en nuestro país y que pretende establecerse no solo para comercializar dicho producto sino también para producirlo.

Lo que sí es más común para las EMNs son las fusiones entre dos o más multinacionales, las cuales pudieran ocurrir a nivel de las *holdings* pero que después se reflejaría dicha fusión en las filiales de ambas empresas. En otras palabras, puede suceder que en el momento en que se refleje en las filiales el acuerdo de fusión entre dos multinacionales se incurra en alguna práctica sancionada si no es que prohibida por nuestra legislación. Por tanto, resulta de interés conocer el alcance de la regulación de la LFCE con respecto a las “concentraciones”, las cuales, si bien es cierto que no están del todo prohibidas, sí se encuentra reguladas.

¹⁸⁵ El criterio para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, debemos acudir al artículo 13 de la LFCE que establece que deben considerarse lo siguiente: “I. Su participación en dicho mercado y si puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder; II. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores; III. La existencia y poder de sus competidores; IV. Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos; V. Su comportamiento reciente, y VI. Los demás criterios que se establezcan en el reglamento de esta Ley.”

¹⁸⁶ La definición de mercado relevante se plasmó en el Artículo 12 de la LFCE que establece lo siguiente: “Para la determinación del mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios: I. Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución; II. Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones; III. Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados, y IV. Las restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos”.

En este sentido la LFCE entiende por concentración “la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos”.¹⁸⁷

Para que las concentraciones sean objeto de una sanción,¹⁸⁸ deberán darse además los siguientes supuestos de que:¹⁸⁹

- a) Confiera o pueda conferir al fusionante, al adquirente o agente económico resultante de la concentración, el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.
- b) Tenga o pueda tener por objeto indebidamente desplazar a otros agentes económicos, o impedirles el acceso al mercado relevante.
- c) Tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicho acto o tentativa el ejercicio de las prácticas monopólicas.

La LFCE establece la obligación de que determinadas concentraciones sean notificadas a la Comisión Federal de Competencia previamente a su realización:

Artículo 20.- Las siguientes concentraciones, antes de realizarse, deberán ser notificadas a la Comisión:

¹⁸⁷ Artículo 16 de la LFCE.

¹⁸⁸ Además de aplicar las sanciones o medidas de apremio, la Comisión Federal de Competencia, podrá sujetar la realización del acto de concentración al cumplimiento de diversas condiciones, e incluso ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se hubiera concentrado indebidamente.

¹⁸⁹ Fracciones I, II y III del artículo 17 de la LFCE.

I. Si la transacción importa, en un acto o sucesión de actos, un monto superior al equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal;

II. Si la transacción implica, en un acto o sucesión de actos, la acumulación del 35 por ciento o más de los activos o acciones de un agente económico cuyos activos o ventas importen más del equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, o

III. Si en la transacción participan, dos o más agentes económicos cuyos activos o volumen anual de ventas; conjunta o separadamente; sumen más de 48 millones de veces el salario mínimo general vigente; para el distrito Federal, y dicha transacción implique una acumulación adicional de activos o capital social superior al equivalente, a cuatro millones ochocientos mil veces el salario mínimo general vigente, para el Distrito Federal...”

3.6. Tratados Suscritos por México.

No podemos finalizar este capítulo, sin mencionar los tratados internacionales suscritos por nuestro país y que lógicamente tienen relevancia para las EMNs establecidas en México.

Los tratados internacionales son considerados como fuentes del derecho internacional.¹⁹⁰ Cada tratado internacional es un acto jurídico, por lo que hay por lo

¹⁹⁰ A este respecto, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia los establece como fuente del derecho en la fracción I del artículo 38:

“Artículo 38.-

1.- La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo conviniere.”

menos dos manifestaciones de voluntades de sujetos de derecho internacional¹⁹¹ que tienen la intención de crear, modificar, transmitir o extinguir derechos y obligaciones. La Convención de Viena de 1969 define al tratado internacional como: “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.¹⁹²

Aunque la doctrina otorga similitud entre un tratado y la ley, también se les atribuyen ciertas diferencias¹⁹³. De cualquier forma la CPEUM les confiere el carácter de Ley Suprema de toda la Unión. Veamos lo que dice el artículo 133:

Artículo 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los *tratados* que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, *serán la Ley Suprema de toda la Unión*. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

De la redacción del artículo 133 queda claro que los tratados deben estar de acuerdo con la CPEUM y celebrarse con las formalidades que la misma CPEUM establece, por lo que los tratados están por debajo de la CPEUM. Conviene citar una tesis que pugna en este sentido:

¹⁹¹ Si bien es cierto que la mayoría de los tratados internacionales son celebrados entre dos o más Estados, no podemos ignorar como sujetos de carácter internacional a organismos internacionales que como tales tienen personalidad jurídica y capacidad para celebrar tratados (v. gr. Organización de las Naciones Unidas, la Comunidad Económica Europea, etc.), aunque tal personalidad jurídica se derive de un acuerdo entre Estados.

¹⁹² Artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

¹⁹³ En este sentido Arellano García señala: “Entre ley y tratado constituyen semejanzas: 1. El cumplimiento es heterónomo, no depende de la voluntad del obligado su acatamiento; 2. Los sujetos obligados pueden serlo tanto particulares como órganos del Estado; 3. Requieren su consignación en forma escrita. Constituyen diferencias: 1. La ley es unilateral, el tratado es bilateral o plurilateral; 2. La Ley es interna, el tratado es internacional; 3. La ley no engendra obligaciones más que para particulares y órganos del Estado; el tratado puede engendrar este tipo de obligaciones pero las obligaciones principales que origina están dirigidas a Estados, o sea a la persona jurídica estatal integral y no sólo a sus órganos.” ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Op. cit.*, p. 71-72

TRATADOS INTERNACIONALES, VALIDEZ DE LOS.

El artículo 133 de nuestra Constitución, previene que "... la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados". Los estudiosos de nuestra Constitución, sostienen, invariablemente, que la misma Ley Suprema no fija la materia sobre la cual deben versar los tratados y convenciones que celebre el Gobierno de la República; pero en lo que también están de acuerdo, es que la locución "y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma", se refieren a que las convenciones y tratados celebrados no estén en pugna con los preceptos de la misma Ley Fundamental, es decir, que "estén de acuerdo con la misma". Es pues evidente, que todo tratado o convenio celebrado por el Presidente de la República, así esté aprobado por el Senado, pero que contradiga o esté en oposición con los preceptos de la Constitución, en los puntos o actos en que esto acontezca, no debe tener eficacia jurídica.

(Tomo XCVI, página 1639, Amparo Penal en Revisión 7798/47. Vera José Antonio, 11 de junio de 1948, unanimidad de 4 votos.)

Es claro que la CPEUM está por encima de los tratados internacionales, sin embargo es necesario determinar si éstos tienen la misma jerarquía que las leyes federales. Durante varios años el criterio del órgano judicial era el consignado en la siguiente ejecutoria de un Tribunal Colegiado de Circuito, el cual otorgaba la misma jerarquía:

TRATADOS INTERNACIONALES Y LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN EMANADAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SU RANGO CONSTITUCIONAL ES DE IGUAL JERARQUÍA.

El artículo 133 constitucional no establece preferencia alguna entre las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados internacionales que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, puesto que el apuntado dispositivo legal no propugna la tesis de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, sino que adopta la regla de

que el derecho internacional es parte del nacional, ya que si bien reconoce la fuerza obligatoria de los tratados, no da a éstos un rango superior al de las leyes del Congreso de la Unión emanadas de esa Constitución, sino que el rango que les confiere a unos y a otras es el mismo.

Contrariamente a los principios señalados, hay quienes opinan que las legislaciones que otorgan mayor rango a las normas jurídicas internas sólo propician el engendramiento de la responsabilidad internacional y en este sentido es Arellano García que sugiere que las legislaciones internas deben abandonar las reglas que establecen prelación de las normas jurídicas internas sobre las normas jurídicas de Derecho Internacional para conferir mayor valor a las normas jurídicas internacionales.¹⁹⁴

No obstante la anterior ejecutoria, recientemente el Pleno de la Suprema Corte de Justicia sostuvo:

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "...serán la Ley Suprema de toda la Unión..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la

¹⁹⁴ Cfr. ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Op. cit.*, p. 76.

que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”.

No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA.”; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: X, Noviembre 1999 Tesis: P. LXXVII/99 Página: 46 Materia: Constitucional Tesis asilada.

Como se puede apreciar la postura del órgano judicial es que los tratados internacionales deben sujetarse a la CPEUM pero también se encuentren por encima de las

leyes federales. No debemos olvidar que en materia de derecho internacional se aplica el principio de *Pacta Sunt Servanda* de forma tal que si un país que suscribe un tratado internacional promulga una legislación contraria a dicho tratado, debería aplicársele una sanción.

La importancia de los tratados internacionales, para el tema de este trabajo, es que un gran número de ellos se refiere a cuestiones comerciales en donde se confieren beneficios a las EMNs de un país que pretenden establecerse en el territorio de la otra parte del tratado. Como ejemplo hago alusión al Tratado de Libre Comercio de América del Norte ("TLCAN") que en el capítulo XI se contempla aspectos del trato a los inversionistas de los otros estados contratantes. Veamos a manera de ejemplo y en forma breve algunos puntos.

El TLCAN establece que cada una de las Partes contratantes debe otorgar a los *inversionistas* de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones. Esta misma consideración se aplica para las *inversiones* y establece que se deberá otorgar un trato no menos favorable que el que se otorga, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas en el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.¹⁹⁵

Además el trato que se de a los inversionistas y sus inversiones deberá ser no menos favorable que el que se otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de otro Estado que no forme parte del TLCAN.

Resulta muy atractivo y benéfico para las EMNs de los Estados miembros del TLCAN en lo relativo a los altos ejecutivos y consejos de administración, que en el artículo 1107 contemple que ninguna de las partes del Tratado podrá exigir que una empresa de esa

¹⁹⁵ Artículo 1102 del TLCAN.

parte que sea una inversión de un inversionista de otra parte (i.e. una EMN establecida en determinado país que sea parte), designe a individuos de alguna nacionalidad en particular para ocupar puestos de alta dirección. No obstante lo anterior, el TLCAN permite que una de las partes pueda exigir que la mayoría de los miembros de un consejo de administración o de cualquier comité de tal consejo, sea de una nacionalidad en particular o sea residente en el territorio donde se encuentre establecida la sociedad, siempre que el requisito no menoscabe significativamente la capacidad del inversionista para ejercer el control de su inversión. El atractivo de lo anterior, es que de esta manera hay flexibilidad para el manejo, dirección y control de las empresas filiales por parte de la empresa madre de una EMN.

Otro de los beneficios para las EMNs es lo relativo a las transferencias de fondos. Dada su importancia optamos por transcribir el artículo correspondiente:

Artículo 1109. Transferencias

1. Cada una de las Partes permitirá que todas las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista de otra de las Partes en territorio de la Parte, se hagan libremente y sin demora. Dichas transferencias incluyen:

ganancias, dividendos, intereses, ganancias de capital, pagos por regalías, gastos por administración, asistencia técnica y otros cargos, ganancias en especie y otros montos derivados de la inversión;

productos derivados de la venta o liquidación, total o parcial de la inversión;

pagos realizados conforme a un contrato del que sea parte un inversionista o su inversión, incluidos pagos efectuados conforme a un convenio de préstamo;

pagos efectuados de conformidad con el Artículo 1110; y

pagos que provengan de la aplicación de la Sección B.

2. En lo referente a las transacciones al contado (*spot*) de la divisa que vaya a transferirse, cada una de las Partes permitirá que las transferencias se realicen en divisa de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de la transferencia.

3. Ninguna de las Partes podrá exigir a sus inversionistas que efectúen transferencias de sus ingresos, ganancias, o utilidades u otros montos derivados de, o atribuibles a inversiones llevadas a cabo en territorio de otra Parte, ni los sancionará en caso de contravención.

4. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, las Partes podrán impedir la realización de transferencias, por medio de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes en los siguientes casos:

- quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores;
- emisión, comercio y operaciones de valores;
- infracciones penales;
- informes de transferencias de divisas u otros instrumentos monetarios; o
- garantía del cumplimiento de fallos en procedimientos contenciosos.

5. El párrafo 3 no se interpretará como un impedimento para que una Parte, a través de la aplicación de sus leyes de manera equitativa, no discriminatoria y de buena fe, imponga cualquier medida relacionada con los incisos (a) a (e) del párrafo 4.

6. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, una Parte podrá restringir las transferencias de ganancias en especie, en circunstancias en donde pudiera, de otra manera, restringir dichas transferencias conforme a lo dispuesto en este Tratado, incluyendo lo señalado en el párrafo 4.¹⁹⁶

Con esto podemos darnos una idea de la trascendencia que pueden llegar a tener los tratados internacionales para las EMNs, ya sea una repercusión positiva o, en algunos casos, negativa.

¹⁹⁶ Artículo 1109 del TLCAN.

4. LA RESPONSABILIDAD DE LA CONTROLADORA RESPECTO A LAS OBLIGACIONES DE LAS FILIALES.

Como se ha mencionado repetidamente a lo largo del presente trabajo, por lo general las EMNs son empresas de gran tamaño, que en tratándose de empresas filiales, el accionista principal suele ser una persona jurídica –la *holding* o controladora-. No obstante lo anterior, en la cúspide de la “pirámide societaria” se encuentran personas físicas.

Por tratarse de un esquema en el que se involucran gran cantidad de socios y en el que incluso algunos de éstos son personas jurídicas, cabe la posibilidad de desvirtuarse el sentido de las sociedades o de abusar del concepto de persona jurídica. Es por ello que sin pretender tratarlo como tema central de esta tesis y por ende hacerlo objeto de un exhaustivo análisis, consideramos conveniente dedicarle el presente capítulo como parte del análisis global del régimen jurídico de las EMNs.

4.1. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES.

Son muchas las teorías que tratan de explicar la naturaleza de las personas jurídicas, las cuales no se tratarán en este trabajo ni tampoco el desarrollo y evolución histórica del concepto de *persona jurídica*, únicamente mencionaremos este concepto como punto de partida para distinguir entre personalidad jurídica de la sociedad y la personalidad jurídica de los socios.

Como consecuencia de la naturaleza social del ser humano, la agrupación de los individuos con objeto de perseguir fines comunes es una realidad. En este sentido podemos afirmar que las personas jurídicas son una realidad natural y social, aunque no podemos sostener que se traten de una realidad independiente de la de los seres individuales y que

tenga por consiguiente plena capacidad de querer y de obrar.¹⁹⁷ Nos inclinamos por considerar que la persona jurídica es un instrumento utilizado por el hombre con el objeto de alcanzar sus fines propios, y que puede hacerlo de una mejor manera al agruparse o reunir medios patrimoniales propios y ajenos.¹⁹⁸ Frisch Philipp hace referencia más precisa al término *objeto social* como elemento esencial para la constitución de una sociedad y establece que se reúnen como socios personas con distintas cualidades, capacidades o experiencias para obtener un mejor rendimiento, más organizado y fructífero por medio de la realización de un objeto social.¹⁹⁹

Queda claro que el elemento principal de las sociedades es la vinculación recíproca de los individuos que forman la sociedad para lograr un fin común, sin embargo, otro elemento es la *affectio societatis* que se traduce como intención de las partes de participar en la sociedad con un determinado carácter (v. gr. socio, accionistas, miembro, asociado, etc.).²⁰⁰

Podemos resumir diciendo que las personas jurídicas existen en realidad porque tienen unidad y una voluntad colectiva,²⁰¹ y que las características propias de la personalidad jurídica son: (i) que sea constituida por dos o más personas físicas o morales,²⁰² (ii) que la sociedad actúe y sea o pueda ser conocida externamente,²⁰³ (iii) busca

¹⁹⁷ Tesis defendida por Wundt, Lasson y Zittelman, citada en la voz "Persona Jurídica" de la *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Argentina, 1976, tomo XXII, página 268.

¹⁹⁸ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge. *Op. cit.*, p. 284.

¹⁹⁹ Cfr. FRISCH PHILIPP, Walter. *Op. cit.*, p. 3.

²⁰⁰ Cfr. ARAMBURU CUESTA, Gloria. "Reconformación de los Grupos Financieros en México". Tesis, Universidad Panamericana, México 1999. En relación al término "*affectio societatis*", Mantilla Molina la entiende como la existencia de una igualdad tal entre las partes, que las constituya en verdaderos socios y agrega que "cuando falta la *affectio societatis* así entendida, cuando no todos los presuntos socios están colocados en un mismo plano, cuando unos mandan y otros obedecen, o unos se aventuran en el campo del comercio corriendo los consiguientes riesgos, a cambio de la posibilidad de óptimas ganancias, al paso que otros ni están expuestos a aquéllos ni tienen la posibilidad de éstas... entonces falta una verdadera comunidad de fines: unos pretenden realizar una hazaña económica, mientras otros se contentan con obtener una renta de su capital o una remuneración de su trabajo." MANTILLA MOLINA, Roberto L. *Op. cit.* p. 173.

²⁰¹ Cfr. PACHECO ESCOBEDO, Alberto. *La Persona en el Derecho Civil Mexicano*, Ed. Panorama, México, 1991, p. 46.

²⁰² Los socios de las sociedades pueden ser personas físicas o personas jurídicas. Cabe recordar que aunque nuestro sistema jurídico no lo contempla, existen sistemas jurídicos que permiten la existencia de sociedades de un solo socio, tal es el caso del sistema norteamericano que contempla la figura del *sole proprietorship*. *Vid supra* 2.2.1.

²⁰³ En este punto hacemos referencia a la inscripción en el Registro Público de Comercio, obligación que se desprende del artículo 2º de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

cumplir un fin común (es un instrumento que no ignora ni trasciende a las personas de los socios, sino que solo es un medio utilizado por los socios para cumplir determinados fines), (iv) la atribución de personalidad que efectúe el Estado, y (v) un patrimonio propio.²⁰⁴

4.2. TRASCENDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD A LOS SOCIOS.²⁰⁵

Si bien es cierto las personas jurídicas surgen de la voluntad de un grupo de individuos, también es cierto que tienen una personalidad jurídica distinta a la de los socios que conforman tal sociedad. Es un ente de derecho diferente a los socios y por tanto tiene derechos y obligaciones propios, distintos y con cierta independencia a los de los socios. La doctrina sostiene que “la no responsabilidad de los socios por las deudas contraídas por la S.A. es otro de los principios configuradores de la misma, motor, incentivo e impulsor de la atracción de capitales al ente, ya desde sus orígenes”.²⁰⁶ Llevándolo al campo de las EMNs, podemos decir que las obligaciones de los socios –incluso de la controladora– difieren a las de la sociedad y viceversa.

El principio general sobre este aspecto, que constituye el fundamento legal de toda posible caracterización de la persona jurídica como ente distinto de sus miembros, está dado por el artículo 2º de la LGSM que establece que “las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios”. A este respecto, y citando a Ferri, Rafael de Pina sostiene que el reconocimiento

²⁰⁴ En opinión del Dr. Pacheco, no se puede afirmar que en nuestro sistema legal actual el patrimonio sea la única característica esencial para tener personalidad, y tampoco que la naturaleza de la personalidad jurídica esté en la existencia de un patrimonio afectado a un fin. PACHECO ESCOBEDO, Alberto. *Op. cit.* p.p. 48, 51-52.

²⁰⁵ Este tema es de una gran amplitud y propio de un estudio exclusivo y exhaustivo de un solo trabajo, que sobrepasa el objetivo de nuestro trabajo. Sobre este tema y de manera amplia, completa, detallada, muy clara y con análisis de doctrina, véase: LEDESMA URIBE, Bernardo, *La Desestimación de la Personalidad Jurídica*, Tesis, Escuela Libre de Derecho, México 1979.; MORENO PEÑALOZA, Francisco Javier, *La Persona Jurídica Colectiva y las Soluciones a los Abusos de la Personalidad Jurídica en el Derecho Mercantil Comparado*, Tesis, Escuela de Derecho, Universidad Panamericana, sede Guadalajara, México, 1999; SERICK, Rolf, *Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1958.

²⁰⁶ GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, *Op. cit.*, p. 67.

de la personalidad jurídica determina una completa autonomía entre la sociedad y la persona de los socios.²⁰⁷

Resulta obvio afirmar que la persona jurídica debe responder de todas las obligaciones y deudas contraídas, e incluso con todo su patrimonio. En otras palabras, las sociedades responden de manera ilimitadamente²⁰⁸ por sus obligaciones a favor de terceros. Tal principio general está consagrado en nuestro Código Civil que establece que “el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables”.²⁰⁹ Este principio general es indiscutible, pero el problema se presenta al preguntarnos si la responsabilidad de la sociedad alcanza a los socios de dicha sociedad.

Por un lado es claro que la sociedad no responde de las deudas personales de cada uno de los socios sino que se está frente a dos patrimonios distintos, de forma tal que las deudas de un socio son “incomunicables” a la sociedad de la que forma parte; por el otro lado no resulta tan claro si las deudas de la sociedad pueden ser trasladadas a los socios. Es el artículo 24 de la LGSM que establece lo siguiente:

“Artículo 24.- La sentencia que se pronuncie contra la sociedad, condenándola al cumplimiento de obligaciones respecto de tercero, tendrá fuerza de cosa juzgada *contra los socios*, cuando éstos hayan sido demandados conjuntamente con la sociedad. En este caso la sentencia se ejecutará primero en los bienes de la sociedad y, sólo a falta o insuficiencia de éstos, en los bienes de los socios demandados”.²¹⁰

²⁰⁷ Cfr. DE PINA VARA, Rafael. *Derecho Mercantil Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 1958, p. 42.

²⁰⁸ Todas las sociedades responden de manera ilimitada; el caso de la Sociedad de Responsabilidad Limitada hace referencia solamente al tipo de responsabilidad de los socios pero no a la de la sociedad. *Vid supra* 3.2.3

²⁰⁹ Artículo 2964 del Código Civil Federal.

²¹⁰ Ledesma al comentar este artículo refiere a los socios de una sociedad que responden por las obligaciones de ésta (sociedad en nombre colectivo, sociedad en comandita simple y sociedad en comandita por acciones) y que tratándose de una sociedad en la cual los socios sólo responden hasta el límite de sus obligaciones respecto de las deudas sociales, sólo podrán ser demandados para que cubran las aportaciones que no hayan realizado. LEDESMA URIBE, Bernardo. *Op. cit.* p. 110.

La responsabilidad de los socios dependerá del tipo de sociedad de que se trate, por lo que en algunos casos la responsabilidad será ilimitada (i.e. sociedad en nombre colectivo, sociedad en comandita simple,²¹¹ sociedad en comandita por acciones²¹²). En otros casos y en concreto para el tipo de sociedades mercantiles más utilizadas por las EMNs en nuestro país, los socios responden hasta el monto de sus aportaciones. Lo anterior deja las puertas abiertas para que las EMNs tengan posibilidad de abusar en el manejo de las filiales en distintos países.

En materia de derecho concursal, queda claro que la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles demuestra claramente la autonomía de los patrimonios de la sociedad respecto de los socios, ya que como regla general la declaración de concurso de la sociedad no produce la de los socios.²¹³

En relación con la distinción entre los socios de sociedades capitales y personalistas y por tanto el diferente grado de responsabilidad, Ledesma Uribe opina lo siguiente:

El principio de comunicabilidad de las deudas de la sociedad en relación a sus socios, no se realiza en forma tan plena como el principio de comunicabilidad de deudas del socio frente a la sociedad. La explicación de estas diferencias la podemos encontrar en la consideración de que la sociedad va a constituir una unidad económica, que frente a sus

²¹¹ Únicamente los socios comanditados, ya que los comanditarios solo están obligados al pago de sus aportaciones. *Vid supra* 3.2.2

²¹² Únicamente los socios comanditados, ya que los comanditarios solo están obligados al pago de sus aportaciones. *Vid supra* 3.2.4

²¹³ No obstante existen excepciones a dicha regla como el artículo 14° de la Ley de Concursos Mercantiles que contempla que la declaración de concurso mercantil de una sociedad determina que los socios ilimitadamente responsables se ven afectados de una declaración de concurso respecto a ellos y su patrimonio:

Artículo 14.- La declaración de concurso mercantil de una sociedad determina que los socios ilimitadamente responsables sean considerados para todos los efectos en concurso mercantil. La circunstancia de que los socios demuestren individualmente que pueden hacer frente al pago de las obligaciones de la sociedad no los eximirá de la declaración de concurso, a menos que tales socios, con medios propios, paguen las obligaciones vencidas de la sociedad.

El procedimiento se podrá iniciar conjuntamente en contra de la sociedad y en contra de los socios. Los procedimientos relativos a los socios se acumularán al de la sociedad, pero se llevarán por cuerda separada.

La declaración de concurso mercantil de uno o más socios ilimitadamente responsables, en lo individual, no producirá por sí sola la de la sociedad.

El concurso mercantil de una sociedad irregular provocará el de los socios ilimitadamente responsables y el de aquéllos contra los que se pruebe que sin fundamento objetivo se tenían por limitadamente responsables.

acreedores va a responder con su patrimonio del pago de sus créditos; sin embargo, de su manejo y buena administración depende que esa garantía sea realmente efectiva, o bien, simplemente se volatilice. Es por esto que en las sociedades mercantiles, cuyos tipos se estructuran para negocios de carácter familiar, los socios administradores responden en forma subsidiaria, ilimitada y solidaria de las deudas sociales, y en cambio en sociedades capitalistas en las que se limita completamente la responsabilidad de los socios al pago de las aportaciones a las cuales se obligaron a realizar, y cuya estructura está planeada para realizar grandes empresas, se pone de relieve que la garantía que los acreedores tienen es el patrimonio social, que deberá integrarse y protegerse de acuerdo con normas que permitan realmente que dicho patrimonio sea una garantía para los acreedores sociales.²¹⁴

Se trata de ver la posibilidad de descubrir a la persona o personas que se “ocultan” detrás de la sociedad para evitar cumplir con obligaciones. Está claro que los socios no están obligados a responder por su patrimonio al considerarse como personas jurídicas distintas. No queremos perder como punto central de análisis a las EMNs y los problemas que pudiesen suscitarse como consecuencia de un abuso de la personalidad jurídica de una empresa filial, por lo que sólo mencionaremos que existen diversas causas mediante las que se abusa de la personalidad jurídica y que constituyen un hecho ilícito²¹⁵ o fraude a la ley,²¹⁶ o violación de los derechos de terceros, etcétera, y nos centraremos en el análisis del abuso de la personalidad jurídica con respecto a las sociedades filiales de una empresa controladora.

Debido al fenómeno económico de globalización del comercio y al surgimiento de las EMNs, se ha provocado que una sociedad (i.e. empresa filial) sea utilizada por otra (i.e. empresa madre) que busca obtener un beneficio limitando su responsabilidad al patrimonio de la empresa filial.

²¹⁴ LEDESMA URIBE, Bernardo. *Op. cit.* pp. 111-112.

²¹⁵ Cabe recordar que el hecho ilícito es considerado como una fuente de obligaciones y se traduce en “una conducta antijurídica culpable y dañosa, la cual impone a su autor la obligación de reparar los daños y engendra a su cargo una responsabilidad civil”, o también como “la violación culpable de un deber jurídico que causa daño a otro y que responsabiliza civilmente”. BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Obligaciones Civiles*, Editorial Harla, 3ª ed., México, 1993, p. 221.

²¹⁶ Podemos decir que el fraude a la ley no contradice las palabras de la ley pero sí contraría el sentido y el espíritu de la disposición legal.

Para precisar los problemas que pudieran derivarse con relación a la utilización de diversas personas jurídicas por las EMNs, nos permitimos enunciar el siguiente ejemplo: Imaginemos una EMN establecida en nuestro país cuya matriz se encuentra ubicada en los Estados Unidos de América con una personalidad jurídica “independiente” a la de la filial. La intención de la EMN para establecerse en nuestro país es la de maquilar algunos componentes y posteriormente ensamblar productos para exportarlos y colocarlos en el mercado de Estados Unidos de América y Canadá.²¹⁷ Supongamos que después de diez años de operación exitosa, decidiesen cerrarla por convenir a sus intereses y pretender abrir una nueva planta maquiladora en otro país. Es obvio que la filial establecida en México debe responder de todas las obligaciones contraídas sin poder desligarse de ellas (*v. gr.* proveedores de materia prima, trabajadores, etc.), y precisamente los liquidadores tienen la obligación de cobrar lo que se deba a la sociedad pero también de pagar lo que la sociedad adeude.²¹⁸

La interrogante surge en el caso de que la sociedad que contrajo las deudas y obligaciones no contara con capital y activos suficientes para hacer frente a ellas, mientras que la matriz cuenta con gran capital y que parte del capital de la matriz proviene de utilidades de la planta en México, mismas que fueron traspasadas de la filial a la *holding* con el pretexto y al amparo de contratos de transferencia de tecnología. En una situación como la planteada, ¿podrá hacerse responsable a la controladora (socia de la filial) por las obligaciones contraídas por la filial respecto de las cuales no puede hacer frente?

Como ya hemos mencionado, el principio general es que la personalidad jurídica de la sociedad es distinta a la personalidad jurídica de los socios que la constituyen, sin embargo, si partimos de la idea de que la sociedad existe para cumplir determinados fines propios a ésta y no a los socios, se puede llegar a considerar como una “simulación” de sociedades donde sólo imperen la voluntad e intereses de una sola persona (*i.e.* la empresa madre) por lo que pudiese proceder la desestimación de la personalidad de la sociedad y la

²¹⁷ Como apuntamos en el capítulo I de este trabajo, en muchas ocasiones ven oportunidad por mano de obra barata y de recursos naturales abundantes, de establecerse en otros países.

²¹⁸ Fracción II del Artículo 242 de la LGSM.

imputación al socio de responsabilidad cuando se prueba que se usa como medio para cumplir los fines de la controladora y no de la sociedad.²¹⁹ Lo anterior es congruente con la realidad de que la personalidad jurídica se ha instrumentalizado para recurrir a un fácil expediente de limitación de la responsabilidad de los socios.²²⁰ El caso de la desestimación o develación es considerado por algunos autores como una “modificación excepcional” de los límites de la personalidad jurídica de una persona moral y que para tal “excepción” deben tomarse en cuenta las circunstancias individuales de una persona moral determinada.²²¹

Estamos de acuerdo que en el caso de que se desvirtúe el sentido y finalidad de una sociedad se aplique la equidad atendiendo a las circunstancias concretas. A continuación intentaremos precisar cuáles son los casos en los que pudiera permitirse la desestimación de la personalidad jurídica de la empresa filial.²²²

Es claro que la legislación no contempla de manera concreta el caso de la desestimación jurídica para las EMNs, y consideramos necesaria la existencia de una legislación especial, o si no especial, que la actual haga referencia explícita al caso de empresas controladoras y filiales regulando el funcionamiento de las relaciones entre ellas y respecto de terceros.

²¹⁹ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge. *Op. cit.*, pp. 284-285.

²²⁰ Cfr. PACHECO ESCOBEDO, Alberto. *Op. cit.*, p.49.

²²¹ Cfr. FRISCH PHILIPP, Walter. *Op. cit.*, p. 93. En idéntico sentido LEDESMA URIBE, Bernardo. *Op. cit.* p. 114. La mayoría de las sentencias de nuestros tribunales, han sido en el sentido de diferenciar la personalidad jurídica de la sociedad y de los socios. Sin embargo, en la resolución de la Suprema Corte del 28 de septiembre de 1983, AD 892/82, Informe de la Tercera Sala 1983, p. 81, Tesis núm. 105, se refiere a los artículos 13 y 14 derogados de la Ley que Establece Requisitos para la Venta al Público de Acciones de Sociedades Anónimas, en el cual la Suprema Corte decide sobre la responsabilidad de los socios por una conducta ilícita extracontractual. El artículo 13 de la citada ley establecía que: “Las personas que controlen el funcionamiento de una sociedad anónima, ya sea que posean o no la mayoría de las acciones, tendrán la obligación subsidiaria e ilimitada frente a terceros por responsabilidades extracontractuales a cargo de la compañía”. Al respecto véase MORENO PEÑALOZA Francisco Javier. *Op. cit.*, p. 291; y FRISCH PHILIPP, Walter. *Op. cit.*, p. 99.

No hay que olvidar el caso de las “sociedades irregulares” en donde son responsables las personas que realizan determinados actos a nombre de la sociedad irregular. Véase FRISCH PHILIPP, Walter. *Op. cit.*, pp. 107 y ss.

²²² Los supuestos que a continuación se señalan, son detallados por Ledesma Uribe haciendo referencia a la Ley Francesa de 1966 referida por Fernández de la Gándara. LEDESMA URIBE, Bernardo. *Op. cit.*, p. 133.

La legislación debe preocuparse por proteger y tutelar los intereses y derechos legítimos de los acreedores sociales de las empresas sujetas a un esquema de las EMNs. A nuestro parecer y a manera de propuesta, los casos en los cuales debiese aplicarse la desestimación de la personalidad jurídica para las EMNs son los siguientes:

- a) Cuando en estricto derecho son dos sociedades distintas (la controladora y la filial), pero que *de facto* actúan como una sola *unidad económica* persiguiendo un fin común, dirigidas por una misma administración y con un patrimonio común.
- b) Cuando la *holding* utiliza a la empresa filial para la obtención de fines ajenos a la filial y para el exclusivo beneficio de la empresa madre.

En el primer supuesto, estamos ante una EMN cuya empresa madre y filial persiguen el mismo fin, situación que es natural y propia de la mayoría de las EMNs.²²³ Además de perseguir el mismo objetivo, se ha compenetrado de tal forma la administración y organización de ambas que funcionan como una sola administración (administración centralizada) en la cual el control de ambas lo ejerce un mismo individuo o grupo de individuos sin que la empresa filial sea autónoma en su administración.²²⁴ El tercer elemento es que el patrimonio pueda ser afectado y manejado de forma conjunta, es decir una ausencia de autonomía patrimonial corporativa.²²⁵

El segundo planteamiento se presenta cuando la empresa controladora utiliza a la empresa filial para su beneficio exclusivo. Es el caso de empresas maquiladoras que únicamente se dedican al ensamble o elaboración de determinado producto sin gozar de autonomía para la venta y colocación del producto terminado en el mercado, de tal forma

²²³ No solo persiguen un mismo fin, sino que también combinan recursos y actividades para la obtención de un objetivo común.

²²⁴ Aunque haya dos órganos de administración distintos, los individuos que los forman son prácticamente los mismos y por tanto los órganos de administración son idénticos o muy similares en cuanto a toma de decisiones.

²²⁵ El manejo del patrimonio en forma conjunta es paralelo a cuando existe una administración idéntica de manera que la administración maneja el patrimonio de la empresa filial, por lo que podemos hablar de que la empresa filial no cuenta con un patrimonio "propio" por que el manejo no es autónomo.

que toda su producción se destina a la *holding* para que ésta disponga de él de la manera que mejor le convenga a sus intereses.

Si se dan los dos supuestos anteriores, me parece que si bien es cierto que es más factible considerarlo como en un abuso de la personalidad jurídica, también es cierto que en la práctica resulta más eficiente e incluso organizado que el utilizar un esquema de la empresa transnacional propiamente dicha.²²⁶

Compartimos la opinión de Ledesma en el sentido que además de darse los supuestos en los que se incurra en un abuso de la personalidad jurídica, es indispensable la existencia de un perjuicio para desestimar la personalidad jurídica de la sociedad, porque de lo contrario no existiría ningún derecho o interés jurídico que proteger.²²⁷ Esta postura es bastante razonable, ya que existiría una improcedencia fáctica si existiese una legislación que contemplase la desestimación jurídica de todas las empresas filiales que utilicen esquemas de este tipo que, como ya apuntamos, es el esquema utilizado por la mayoría de las EMNs que actúan de hecho como una sola unidad económica.

Como más adelante mencionaremos,²²⁸ en el derecho anglosajón para el tema de la desestimación de la personalidad jurídica, toma gran importancia el origen de la obligación, de tal suerte que se divide en dos grandes tipos: (a) obligaciones originadas por una relación contractual y, (b) obligaciones originadas sin existir una obligación de tipo contractual. Creemos que el considerar estos elementos, es de gran ayuda si se pretende utilizar el criterio de que la desestimación de la personalidad jurídica sea mediante la decisión judicial aplicando criterios de justicia y equidad. La diferenciación anterior se justifica de la siguiente manera: por un lado un acreedor de la sociedad que previamente celebró un contrato con la misma, tuvo la oportunidad de analizar la solidez económica, “seriedad” corporativa, capacidad de compromiso a las obligaciones que se contraen, y para el caso de las EMNs, incluso el saber –por conocimiento público o por acceso a los documentos que contengan la configuración del capital– si se trata de una filial de una

²²⁶ Diferencia ya analizada en el punto 1.2. del presente trabajo.

²²⁷ Cfr. LEDESMA URIBE, Bernardo. *Op. cit.* p. 139.

²²⁸ *Vid infra* 4.3

EMN cuya *holding* se encuentra en un país distinto.²²⁹ De esta forma, los acreedores estuvieron en posibilidad de decidir si el negocio convenía, y si además la empresa sería capaz de cumplir con sus obligaciones. En el otro extremo se encuentran aquellos acreedores en los que la obligación no surgió como consecuencia de un contrato.

La doctrina clasifica la anterior diferenciación atendiendo a su origen como: *responsabilidad civil extracontractual* y *responsabilidad civil contractual*. La primera surge cuando el carácter de la norma transgredida es una norma de observancia general, de forma tal, que si alguien viola la Ley de manera culpable y causa daño, incurre en una responsabilidad de carácter extracontractual y surge la necesidad de reparar los daños y perjuicios (responsabilidad civil).²³⁰ En cambio, la responsabilidad contractual proviene “de la transgresión de una cláusula particular, de una norma jurídica de observancia individual, de un contrato u otro acto jurídico de Derecho Privado”.²³¹ Sin embargo, hay algunos autores que critican la clasificación en responsabilidad contractual y extracontractual; a este respecto Gutiérrez y González expresa:

...se hable de manera ilógica, absurda de “responsabilidad contractual” y “responsabilidad extracontractual” como si fueran dos tipos diferentes de responsabilidades, cuando que por su esencia son iguales. Su única diferencia (...) radica en la manera que la ley se viola u ofende con esa conducta, ya en una forma directa como en el deber jurídico *stricto sensu*, ya precisando de la creación de un acto previo y después por la violación de éste, la violación de la ley.

²²⁹ Salvo el caso de los contratos por adhesión en los cuales una de las partes establece las condiciones bajo las cuales se va a efectuar el acto, y la otra parte se limita únicamente a aceptar los términos del mismo.

²³⁰ Cfr. BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Op. cit.*, p. 230. Algunos tratadistas y tal es el caso de Pothier, hacen mención de cuasi-delito como “el hecho por el cual una persona, sin malignidad, sino por una imprudencia que no es excusable, causa algún daño a otro”. POTHIER, R. J. *Tratado de las Obligaciones*, Editorial Heliasta, Argentina, 1993, p. 72. Ampliando el punto de discusión sobre la terminología de las obligaciones “extracontractuales” conviene transcribir el comentario de Peirano: “No puede desconocerse, sin embargo, que la expresión responsabilidad extracontractual también es posible de críticas, ya que adolece del vicio de ser excesivamente amplia. En efecto: al hablarse de responsabilidad extracontractual se está haciendo referencia a todo género de responsabilidades que nazcan fuera del estatuto del contrato; de esta manera quedan incluidas en la expresión que comentamos las nociones de responsabilidad cuasicontractual y de responsabilidad por violación de obligaciones legales...”. PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 3ª ed., 1981, p. 14.

²³¹ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Op. cit.*, p. 231.

Además, hablar de “responsabilidad contractual” y “extracontractual” implica tomar como punto de relación a la fuente contrato, lo cual contribuye más para dar la errónea impresión de que se trata de dos tipos diversos de hecho ilícito, cuando son iguales, el que resulta de violar un contrato y los demás. No hay tampoco por qué referirse a una fuente autónoma de obligaciones como el hecho ilícito, con un calificativo de “extracontractual” o “contractual” que es el nombre de esa fuente diversa, “contrato”.²³²

En nuestra opinión, es conveniente acudir a esta clasificación para auxiliar al criterio del órgano judicial en la decisión sobre la desestimación de la personalidad jurídica, de modo que la autoridad atendería a las posibilidades que tuvo el acreedor de prevenir el posible incumplimiento por parte de la EMN. Ahora bien, este criterio no puede ser absoluto, ya que hay algunas obligaciones que surgen de contratos cuyo incumplimiento no es “previsible” (i.e. contratos laborales, contratos de adhesión, etc.).²³³

Queda claro que propugnamos por una legislación que regule de manera especial esta realidad de la vida económica. Sin embargo, habrá que definir la forma mediante la cual se llegue a la desestimación de la personalidad jurídica de la empresa filial. A este respecto, y nos unimos a su postura, Moreno Peñalosa propone una regulación específica – vía legal– pero también la aplicación de un principio de equidad mediante el conocimiento judicial de cada caso concreto.²³⁴ Creemos que la intervención del órgano jurisdiccional es de vital importancia en el tema, ya que como apuntó Del Vecchio, “Verdad es, que al aplicar una norma determinada a casos distintos de los comprendidos en ella de un modo inmediato, se viene a reconocer que la razón contenida en la norma vale para una esfera más extensa de la que originalmente se le asignó. Pero limitada y particular, es decir, confinada a aquel determinado orden de relaciones que corresponde a la razón de la norma en cuestión”.²³⁵ En otras palabras, es precisa la existencia de una legislación que regule la

²³² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 549.

²³³ No hay que olvidar que de la relación contractual surge la asunción de un riesgo comercial. Al respecto Koizolchyk señala como primer principio rector del derecho mercantil “la asunción del riesgo comercial y la necesidad de finalidad y limitación de la responsabilidad del comerciante”. KIZOLCHYK, Boris. *El Derecho Comercial ante el Libre Comercio y el Desarrollo Económico*, McGraw Hill, México, 1996, p. 315 y ss.

²³⁴ Cfr. MORENO PEÑALOZA, Francisco Javier. *Op. cit.*, p. 294.

²³⁵ DEL VECCHIO, Giorgio. *Op. cit.* p. 57.

protección a los acreedores de este tipo de empresas, pero previendo la necesidad de intervención judicial²³⁶ para lograr una resolución con elementos de justicia y equidad.

4.3. Análisis del término anglosajón *Piercing the corporate veil* (Traspasar el velo de la corporación).²³⁷

En el punto anterior, hemos revisado brevemente el concepto de la “desestimación de la personalidad jurídica” en el derecho mexicano. Dada la importancia e influencia directa de los países de derecho anglosajón –sobre todo de los Estados Unidos de América– que tienen sobre las EMNs, dedicaremos este apartado para comentar el concepto de la desestimación de la personalidad jurídica en el derecho anglosajón, o dicho en el término original del idioma inglés, comentar el concepto de *disregard of corporate entity*.²³⁸

Como en nuestro derecho, la regla general es que una sociedad es responsable por sus propias obligaciones y los acreedores de ella deberán recuperar la deuda mediante los bienes que son de la sociedad. Sin embargo esta regla general de la “responsabilidad limitada”²³⁹ tiene sus excepciones cuando por razones de justicia y equidad²⁴⁰ se desestima a la entidad jurídica y se permite a los acreedores recuperar los montos que se les adeudan

²³⁶ Otra de las razones para llegar a la desestimación jurídica por vía judicial, dotando al órgano judicial de la posibilidad de atender a las circunstancias particulares del caso, es que resulta imposible establecer en la ley todos los supuestos de abuso de la personalidad jurídica para el caso de EMNs.

²³⁷ El apartado está basado en el capítulo 11 de la obra LEWIS D., Solomon; E. SCKWARTZ, Donald; D. BAUMAN, Jeffrey J; WEISS ELLIOTT, *Corporations Law and Policy, Materials and Problems*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1994, pp.328-372.

²³⁸ Al igual que en otros puntos del trabajo, consideramos apropiado utilizar algunos términos en idioma inglés, aunque en la mayoría de las ocasiones pretenderemos señalar el concepto más aproximado en idioma español. El concepto de “*disregard of corporate entity*” es definido por el *BLACK’S LAW DICTIONARY* de la siguiente manera: “*To treat a corporation as if it did not exist for tax or certain other liability purposes. In such event, each shareholder would account for an allocable share of all corporate transactions possessing tax or other liability consequences*”. Traducción: El tratar a una sociedad como si ésta no existiera respecto para efectos fiscales u otros determinados efectos. En tal caso, cada accionista sería considerado para la asignación compartida de todas las responsabilidades de operaciones fiscales u otras consecuencias. *BLACK’S LAW DICTIONARY Sixth Edition, St Paul, Minn. West Publishing Co. 1990.*

²³⁹ El término que refiere a la responsabilidad limitada en inglés es el de *limited liability*.

²⁴⁰ Surge el problema de determinar cuándo existen “razones de justicia y equidad” que legitimen al órgano judicial para desestimar la personalidad jurídica. Dada la naturaleza del derecho anglosajón como consuetudinario, es de entender que los lineamientos son marcados por precedentes y decisiones tomadas por las cortes en otros casos, esto es conforme a la doctrina de *Stare decisis et non quieta movere*.

incluso con los bienes de los accionistas. A esta excepción, se le identifica con un concepto metafórico *piercing the corporate veil*.²⁴¹

De manera particular, esta excepción del principio general es utilizada cuando la sociedad de que se trate sea totalmente subsidiaria de otra corporación. Las cortes han utilizado diversas frases para identificar esta situación: “*alias*”, “*alter ego*”, “*corporate double*”²⁴², *instrumentality*²⁴³ de la controladora.²⁴⁴

Llama la atención que en la doctrina del derecho anglosajón, sea de trascendental importancia que para la desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad, se tome en cuenta el tipo de acreedores dependiendo del origen. Se divide en dos tipos de acreedores:²⁴⁵ (i) los “acreedores voluntarios” (*voluntary creditors*) quienes celebran un contrato con la corporación, y (ii) los “acreedores involuntarios” (*involuntary creditors*). En el primer caso, estamos ante un tipo de acreedores que tenían la intención y voluntad de convertirse en acreedores de la sociedad; en el segundo se trata de acreedores que no tenían

²⁴¹ Otro término utilizado es el de *lifting the corporate veil*. Es un término coloquialmente utilizado en el derecho anglosajón, que se traduce en nuestro idioma como “traspasar el velo de la corporación (sociedad)”; de esta manera se identifica a la “responsabilidad limitada” con una especie de velo que no permite que se “vea” más allá de la sociedad (a los socios), de manera que al referir que se traspasa dicho velo, se puede llegar a los bienes de los socios. El término *piercing the corporate veil* es definido por el *BLACK'S LAW DICTIONARY* como “Judicial process whereby court will disregard usual immunity of corporate officers or entities from liability for wrongful corporate activities; e.g. when incorporation exists for sole purpose of perpetrating fraud. The doctrine which holds that the corporate structure with its attendant limited liability of stockholders may be disregarded and personal liability imposed on stockholders, officers and directors in the case of fraud or other wrongful acts done in name of corporation. The court, however, may look beyond the corporate form only for the defeat of fraud or wrong or the remedying of injustice”. Traducción: Proceso judicial en el cual un tribunal desestima la inmunidad de los oficiales de la sociedad o sus entidades para fincar responsabilidad por actividades ilícitas de la sociedad, i.e. cuando la sociedad exista por el solo propósito de realizar un fraude. La doctrina sostiene que la estructura de una sociedad con su responsabilidad limitada de los accionistas, deberá ser desestimada e impuesta una responsabilidad personal sobre los accionistas, oficiales y directores en caso de fraude o cualquier acto ilícito realizado en nombre de la sociedad. Sin embargo, la Corte deberá ir más allá de la sociedad solo para la defensa por fraude, falsedad o el remedio de una injusticia. *BLACK'S LAW DICTIONARY Sixth Edition, St Paul, Minn. West Publishing Co. 1990.*

²⁴² Traducción: “El doble de la corporación”.

²⁴³ Traducción: “Instrumento”.

²⁴⁴ Como se puede ver, se utiliza el mismo criterio que mencionamos al tratar este tema a la luz de nuestro derecho y que mencionamos la característica de que se trate de una “unidad económica”.

²⁴⁵ Muchlinsky divide la responsabilidad de las EMNs en tres grupos, ya que además de la responsabilidad contractual y extracontractual, hace una tercera clasificación con relación a la posible responsabilidad derivada de las demandas de los accionistas minoritarios de la filial de una EMN con respecto a la controladora. MUCHLINSKY, Peter. *Op. cit.*, p. 322 ss.

la intención de convertirse en acreedores, pero que por diversas circunstancias llegaron a tener dicha calidad.

Una de las razones para diferenciar e identificar al tipo de acreedores de que se trata antes de “traspasar el velo de la corporación”, es que en el caso de “acreedores voluntarios” al haber el elemento de la previa voluntariedad, se tiene la oportunidad de buscar algún tipo de garantía, además de que antes de surgir la deuda el acreedor en potencia tiene la posibilidad de conocer el esquema de la sociedad.²⁴⁶ Por el contrario, aquellos “acreedores involuntarios” no tuvieron oportunidad de plantearse la conveniencia de convertirse en acreedores de la sociedad.²⁴⁷

Aunque la doctrina de derecho anglosajón parece tomar en cuenta el criterio anterior, no resulta tan claro al momento de ver el criterio de las Cortes de Justicia estadounidenses.²⁴⁸ A este respecto, el profesor estadounidense Robert Thompson analizó cerca de 1600 casos ocurridos desde 1985 y algunos años posteriores, encontrando que las Cortes habían desestimado la personalidad jurídica en mas ocasiones en tratándose de casos de responsabilidad derivada de un contrato, y en menos ocasiones cuando se trataba de la responsabilidad extracontractual.²⁴⁹

²⁴⁶ Trasladando el comentario al ámbito del derecho mexicano, podemos mencionar el ejemplo de las instituciones bancarias como “acreedores voluntarios”, las cuales con el objeto de protegerse de un incumplimiento del deudor, aseguran el pago mediante la constitución de hipotecas, prendas o condicionando la intervención de obligados solidarios. (En algunas ocasiones se condiciona el crédito a la obligación solidaria de los socios de la sociedad de forma tal que incluso la *holding* queda ligada a la obligación de las filiales).

²⁴⁷ No resulta sencillo determinar a quienes se considera como acreedores involuntarios. En principio son aquellos en los que no media ningún contrato previo (ya sea escrito, tácito o verbal). No obstante considero que cabría incluir a los trabajadores, que aunque pueden contar con un contrato laboral, en la mayoría de los casos es un contrato de adhesión en el que el trabajador no tiene capacidad de negociación con el patrón y mucho menos de investigar la solvencia económica de la sociedad que lo contrata para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones.

²⁴⁸ Un ejemplo del caso de acreedores involuntarios es el siguiente: *WALKOVSKY v. CARLTON*, 18 n.y. 2d 414, 276 N.Y.S.2d 585, 223 N.E.2d 6 (1966); ejemplos de casos en los que la corte desestimó la personalidad jurídica por acreedores que contrajeron obligación derivada de un contrato son: (i) *BRUNSWICK CORP. v. WAXMAN*, 459 F.Supp. 1222 (E.D.N.Y.1978), *aff'd* 599 F.2d 34 (2d Cir.1979); (ii) *KINNEY SHOE CORP. v. POLAN*, 939 F. 2d 209 (4th Cir.1991).

²⁴⁹ *Cfr.* LEWIS D. Solomon; E. SCKWARTZ Donald; D. BAUMAN Jeffrey J.; WEISS Elliot. *Op. cit.* p.334.

Conviene poner de ejemplo la decisión de una Corte de Distrito de Estados Unidos de América (*US District Court*) en el caso conocido como *Amoco Cadiz*.²⁵⁰ La corte analizó la demanda por negligencia contra *Amoco Transport Co. (Transport)*, *Amoco International Oil Co. (AICO)*, y *Standard Oil Co. (Indiana)* por un derrame de petróleo de uno de sus tanques que transportaban en la costa de Francia en 1978. El Juez Frank McGarr encontró que la causa del derrame era una falla en el mecanismo del barco atribuible a negligencia en el diseño, mantenimiento y reparación del sistema. El Juez McGarr decidió que las dos subsidiarias y la controladora eran responsables. Las razones de fincar responsabilidad a cargo de la controladora fueron las siguientes:

As an integrated multinational corporation which is engaged through a system of subsidiaries in the exploitation, production, refining, transportation and sale of petroleum products throughout the world, Standard is responsible for the tortious acts of its wholly owned subsidiaries and instrumentalities AICO and Transport.

Standard exercised such control over its subsidiaries AICO and Transport that those entities would be considered to be mere instrumentalities of Standard. Furthermore, Standard itself was initially involved in and controlled the design construction operation and management of Amoco Cadiz and treated that vessel as if it were its own.

Standard therefore is liable for its own negligence and the negligence of AIOC and Transport with respect to the design, operation, maintenance, repair and crew training of Amoco Cadiz.

Standard therefore is liable to the French claimants for damages resulting from the grounding of Amoco Cadiz.²⁵¹

²⁵⁰ Caso citado por MUCHLINSKY, Peter. *Op. cit.*, p. 324.

²⁵¹ Traducción al español: "Como una multinacional integrada, la cual se encuentra involucrada en un sistema de subsidiarias para la explotación, producción, refinación, transportación y venta de productos derivados del petróleo en todo el mundo, *Standard* es responsable por los daños de las subsidiarias en las que posee participación totalitaria y las instrumentales *AICO* y *Transport*.

Standard ejercía tal control sobre sus subsidiarias *AICO* y *Transport* que estas entidades serían consideradas como meros instrumentos de *Standard*. Además, *Standard* estuvo inicialmente involucrada y controló el diseño, construcción, operación y manejo de *Amoco Cadiz* y trató a la embarcación como si fuera propia. *Standard*, por lo mismo es responsable por su propia negligencia y la negligencia de *AIOC* y *Transport* con respecto al diseño, operación, mantenimiento, reparación y entrenamiento de tripulación de *Amoco Cadiz*.

Del caso anterior se sugiere que el simple hecho de existir un control en el manejo de la otra compañía, da lugar a fincar responsabilidad en la *holding* de una EMN.

Lo que es una realidad, es que para el sistema de derecho anglosajón, ha tenido mayor desarrollo y aplicación la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades,²⁵² debiéndose principalmente a que se trata de un sistema consuetudinario²⁵³ que capta la utilización de esquemas utilizados por diversas sociedades con distintos fines.²⁵⁴

4.4. Protección de los socios minoritarios de la filial de una EMN.

Otro problema que se presenta es el caso de las minorías societarias en la subsidiaria de una EMN. Si bien es cierto que la mayoría de las EMN que pretenden establecer filiales en otro país las establecen teniendo como socio principal a la controladora,²⁵⁵ también es cierto que algunas EMNs utilizan esquemas de coinversión o *joint venture* con otra empresa distinta al grupo de la EMN, en donde la participación en el capital no resulta ser un porcentaje tan reducido. Tal es el caso de las EMN que se establecen una filial en un país,

Standard por lo tanto es responsable ante los demandantes franceses por los daños que resultaron del hundimiento del *Amoco Cadiz*".

²⁵² No se mencionó, pero es conveniente resaltar que para el derecho anglosajón ha tenido influencia el "Análisis Económico del Derecho", cuya postura radica en que todas las valoraciones jurídicas deben ser interpretadas, definidas y adecuadas con base en las conclusiones a las que del análisis de la realidad, llega la Ciencia Económica. El mayor problema en la evolución de las EMNs radica precisamente en determinar la existencia y esencia del negocio y Muchlinsky opina que se requiere el uso de teorías económicas de integración de la sociedad para desarrollar un concepto claro de este esquema societario en el que se pueda decir con toda certeza que la empresa madre controla a las subsidiarias para propósitos de diluir la responsabilidad. Al respecto véase POSNER, Richard A. *An Economic Analysis of Law*, 4th Ed. 1992; MORENO PEÑALOZA, Francisco Javier. *Op. cit.*, p. 247 y ss. y LEWIS D. SOLOMON, E. SCKWARTZ DONALD, D. BAUMAN JEFFREY, J. WEISS ELLIOTT, *Op. cit.*, p. 330 ss.

²⁵³ El *common law* es, sin duda, históricamente consuetudinario. Deriva de un conjunto formado esencialmente por las costumbres. Por su fuente más profunda es social; pero por su órgano de expresión es judicial. El derecho consuetudinario puede definirse como el que se forma espontáneamente por acuerdo tácito o, más exactamente, como el que los interesados tienen el poder de modificar por sí mismos mediante acuerdo tácito, partiendo de un fondo de reglas cuyo origen les es desconocido, para adaptarlo a las nuevas condiciones sociales y a sus nuevos deseos o, en fin, en una palabra, como aquél que los interesados modifican sin valerse para ello de un órgano intermedio.

²⁵⁴ Sobre el tema véase BERLE, Adolf A. Jr. *The Theory of Enterprise Entity*, 47 Col. L. Rev. 343, 1947.

²⁵⁵ Veamos que incluso en algunos casos el 99.99% del capital está en manos de la empresa madre y el titular del .01% es alguna otra filial de la misma EMN o incluso algún funcionario.

pero aprovechan para asociarse con una empresa con presencia en la región que les permita obtener mejores resultados tanto comerciales como de producción.

En estos casos surge el “riesgo” de los socios minoritarios que están sujetos a las decisiones de la dirección de la empresa, la cual generalmente está a cargo de la controladora, y que puede llegar a tomar decisiones que son tomadas en interés de la EMN pero que afectan los intereses de las minorías (v. gr. transferencia de utilidades a la controladora, disminuyendo de esta manera la participación de los socios en el reparto de utilidades). En todo caso los intereses de los socios minoritarios se encuentran subordinados a los de la EMN, sin que los mismos formen parte de la EMN sino únicamente de una de sus filiales.

La protección de los socios minoritarios dependerá de la legislación del país donde se encuentre establecida la filial.²⁵⁶

En nuestro país y en el caso concreto de la Sociedad Anónima,²⁵⁷ hay algunos preceptos de la LGSM que protegen a las minorías de una sociedad.

Entre estos derechos de minoría, podemos señalar:

- a) La minoría que represente un 25% del capital social podrá nombrar al menos un miembro del Consejo de Administración cuando se componga de tres o más

²⁵⁶ En el Derecho del Reino Unido, dentro de las obligaciones de los directores de una compañía, se encuentra la obligación de tener igual consideración para los intereses de todos los socios de la empresa, de tal suerte que deben actuar de manera justa y equitativa respecto de las distintas clases de accionistas sin importar su número. Aunque el derecho inglés contempla protección para las minorías, es muy difícil llegar a probar que existen las condiciones de trato desigual a los accionistas. En el derecho de los Estados Unidos de América, también se contempla el derecho de las minorías de que se respeten sus intereses por parte de las mayorías, incluso se ha trasladado a ámbito de grupos de sociedades con esquemas de las EMNs. En Alemania se protege de tal forma, que cuando un grupo con el 75% toma una decisión que afecta a la minoría que voto en contra de tal resolución, el grupo mayoritario debe pagar una prima a la minoría, o comprar sus acciones. En Francia y Argentina, los derechos de la minoría son protegidos bajo el principio de *abus de droit* (abuso de derecho), por el cual los directores deben dirigir las empresas buscando el beneficio de la sociedad. Véase MUCHLINSKY, Peter, *Op. cit.* p. 334.

²⁵⁷ Por razones de concentrar el estudio del presente trabajo y por tratarse del tipo de sociedad más utilizada, únicamente tocamos lo relativo a la Sociedad Anónima.

personas²⁵⁸ y un Comisario.²⁵⁹ Nótese que este “derecho de minoría”, pudiese pensarse que es intrascendente, ya que la Asamblea (en la cual la controladora tiene participación mayoritaria) puede establecer un Consejo de Administración de dos miembros únicamente, o al establecer un Consejo de Administración bastante numeroso, de tal manera que el Consejero nombrado carezca de importancia.²⁶⁰

- b) Si hay un grupo de accionistas que representen el 33% de las acciones representadas en una asamblea,²⁶¹ podrán aplazar para otro día la votación de cualquier asunto del cual no se consideren debidamente informados.²⁶²
- c) El llamado “derecho de oposición”²⁶³ que consiste en que los accionistas que representen el 33% del capital social podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales de accionistas.²⁶⁴ Para ejercitar el anterior derecho, se deberán cumplir los siguientes requisitos:
- La presentación de la demanda tiene un plazo de 15 días siguientes a la fecha de clausura de la asamblea en cuestión.
 - Los reclamantes no hayan concurrido a la asamblea o hayan dado su voto en contra de la resolución.
 - Que la demanda señale la cláusula del contrato social o el precepto legal infringido y el concepto de violación.
- d) Si hay un grupo de accionistas que represente el 33% del capital social, podrán pedir por escrito al órgano de administración o a los comisarios que se convoque a una asamblea general de accionistas para tratar de los asuntos que indique su

²⁵⁸ Artículo 144 de la LGSM.

²⁵⁹ Artículo 171 de la LGSM.

²⁶⁰ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge. *Op. cit.* p. 415.

²⁶¹ Nótese que no se refiere al 33% del capital social, sino que se trata de un porcentaje con relación a las acciones representadas en la Asamblea de Accionistas.

²⁶² Artículo 199 de la LGSM.

²⁶³ Previsto en el artículo 201 de la LGSM.

²⁶⁴ El Juez que conozca de la demanda podrá suspender la ejecución de las resoluciones que se impugnan, siempre y cuando se otorgue fianza para responder en caso de infundada oposición. (Artículo 202 de la LGSM).

petición.²⁶⁵ Si hay una negación por parte de los órganos de administración o vigilancia o no la hicieran dentro del término de 15 días desde la recepción de la solicitud, la convocatoria podrá ser lanzada por la autoridad judicial del domicilio de la sociedad.

- e) El titular de una sola acción podrá realizar la petición señalada en el inciso anterior, si es el caso de que:²⁶⁶
- No se hubiese celebrado ninguna asamblea durante dos ejercicios consecutivos, y
 - Cuando las asambleas celebradas no hayan conocido de los asuntos relativos a la asamblea general ordinaria anual.
- f) Todo accionista tiene el derecho a separarse de la sociedad y obtener el reembolso de sus acciones, en proporción al activo social, según el último balance aprobado, siempre que lo solicite dentro de los 15 días siguientes a la clausura de una asamblea que haya votado respecto a (i) cambio de objeto de la sociedad, (ii) cambio de nacionalidad de la sociedad, y (iii) transformación de la sociedad.²⁶⁷ Para ejercer el derecho anterior, el accionista debió haber votado en contra de las resoluciones.

No obstante que la legislación contempla los derechos de minorías que señalamos, queda la posibilidad de conceder otros derechos a las minorías, o de reducir los porcentajes que se señalan para el ejercicio del derecho,²⁶⁸ a través de los estatutos sociales que atienden a las peculiaridades de cada sociedad; y que para el caso de las EMNs es necesario que se cuiden estos aspectos al momento de constitución de la sociedad.²⁶⁹

²⁶⁵ Artículo 184 de la LGSM.

²⁶⁶ Artículo 185 de la LGSM.

²⁶⁷ Artículo 206 de la LGSM.

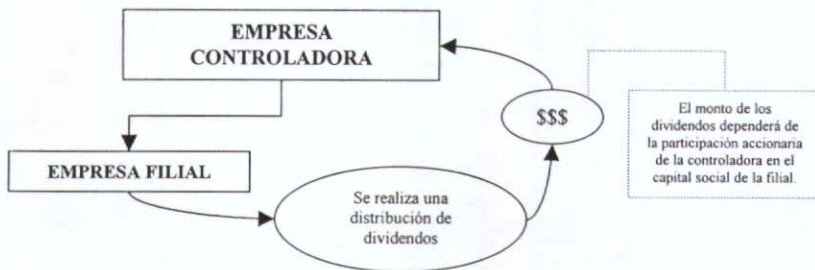
²⁶⁸ En todo caso se podrán reducir los porcentajes pero nunca aumentar dichos porcentajes. En este sentido véase BARRERA GRAF, Jorge. *Op. cit.* p. 415.

²⁶⁹ No solo desde el punto de vista de los derechos de las minorías en la sociedad, sino también para lograr la eficacia de la empresa, en muchos casos resulta necesario y casi obligado el prever en los estatutos, formas de resolver situaciones de "impasse" o atasco administrativo, cuando ya sea que el Consejo de Administración o la Asamblea General de Accionistas no logran llegar a un acuerdo. El no establecer este tipo de cláusulas en

4.5. Límites al Flujo de Ganancias en las EMNs.

En este apartado se tratará la importancia del manejo de las finanzas en la EMNs. Si bien es cierto que es un tema propiamente económico o financiero y no jurídico, también es cierto que el manejo financiero de las EMNs repercute por lo menos de manera indirecta en la responsabilidad de la controladora.

Lo anterior se explica por la idea que hemos apuntado anteriormente: el esquema utilizado por las EMNs no implica la autonomía financiera de las filiales, de tal suerte que aunque se trate de una persona jurídica distinta, para la dirección financiera es una filial a la que incluso se le llega a ver como una simple sucursal de la *holding*. El método financiero más habitual utilizado por las EMNs para transferir fondos de la filial a la casa matriz es el pago de dividendos. Véase la siguiente gráfica:

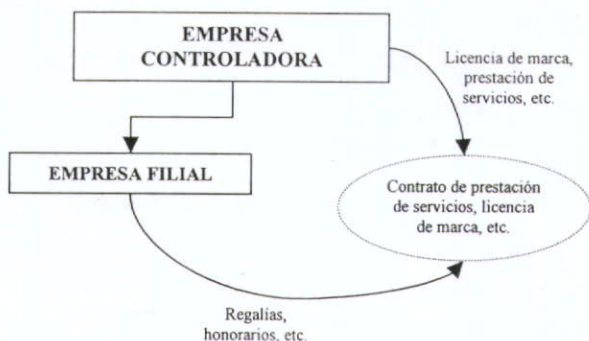


Aunque es el método más utilizado, las EMNs deben tomar en cuenta los siguientes aspectos: (i) *Impuestos*: ya que las leyes del país anfitrión de la filial influyen en la decisión de flujo por dividendos, (ii) *Riesgo Político*: en caso de existir un riesgo eminente, las *holdings* requieren de las filiales que transfieran la totalidad de los fondos generados en su país anfitrión, (iii) *Riesgo de Moneda Extranjera*: si se anticipa un cambio brusco en el tipo

los estatutos sociales puede llegar a ocasionar en caso de conflicto, un “estanco” en el progreso económico de la sociedad, o incluso a perjudicar al negocio de forma tal que dejase de ser rentable.

de cambio,²⁷⁰ (iv) *Tamaño y Antigüedad de la Filial*: si es de reciente creación, utilizan las mismas ganancias para el desarrollo de la filial.²⁷¹

En caso de no ser conveniente el esquema de pago de dividendos, la transferencia de fondos se justifica por (a) pago de regalías,²⁷² (b) honorarios,²⁷³ o (c) asignación de gastos generales.²⁷⁴ Gráficamente se expresa de la siguiente manera:



Es muy importante tomar en consideración que la globalización y proliferación de operaciones de EMNs ha generado la necesidad de regular en materia de precios de transferencia, para evitar que una entidad filial pueda transferir recursos a la controladora en el extranjero de manera que para la autoridad fiscal del país de que se trate pueda considerarse como un esquema de simulación e incluso fraudulento. De ahí el surgimiento

²⁷⁰ Para estar en posibilidades de contar con un manejo efectivo de las transacciones en moneda extranjera a la de la empresa madre, las EMNs deben tomar en cuenta la eficiencia del mercado extranjero de que se trata y qué tanto riesgo existe. Cfr. STONEHILL, Arthur, y MOFFETT, Michael, y otros International Thomson Business Press, *Transnational Corporations and World Development, Published by Routledge on behalf of the UNCTAD Division on Transnational Corporations and Investment, "International financial management"*. Ed. International Thomson Business Press, London, England, UK, 1996, p. 28.

²⁷¹ Cfr. EITEMAN, David K, y STONEHILL, Arthur I. *Op. cit.* p. 577.

²⁷² El pago de regalías es una contraprestación pagada a los propietarios de tecnología, patentes o marcas por el uso de la tecnología o el derecho de fabricar o vender con patentes o marcas comerciales. Generalmente se fija mediante la celebración de contratos de transferencia de tecnología, uso de marca, etc.

²⁷³ Significa la compensación por los servicios profesionales y la experiencia suministrados por la controladora a una filial. Implica la prestación de un servicio, por lo que se celebran contratos entre la filial y la controladora.

²⁷⁴ Una asignación de gastos generales a la controladora es un gasto para compensar a la casa matriz por los costos incurridos en la administración general de las operaciones internacionales y otros gastos corporativos que deben ser recuperados por las unidades operativas.

de los “precios de transferencia”, los cuales tratan de impedir que las utilidades o pérdidas generadas en un país sean trasladadas a otro por medio de operaciones artificiales mediante las cuales los contribuyentes buscan reducir la carga tributaria transfiriendo las utilidades a otro país.²⁷⁵ Para ello es necesario establecer una regulación fiscal interna en cada país²⁷⁶ y contar con soportes que permitan la verificación de las operaciones de las empresas.²⁷⁷ En materia internacional el soporte para verificar las operaciones lo forman los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal y los acuerdos de intercambio de información tributaria.²⁷⁸

En algunas ocasiones la EMN en conjunto tiene un éxito económico y financiero, siendo un grupo rentable y productivo aunque alguna de sus filiales no corra la misma suerte, lo que propicia que pudiese llegar a verse limitada o imposibilitada para cumplir con sus obligaciones.²⁷⁹

Para evitar lo anterior es preciso establecer *restricciones de liquidez* para cada una de las filiales, con objeto de mantener buenas relaciones con instituciones bancarias locales,

²⁷⁵ GÓMEZ COTERO, José de Jesús. *Precios de Transferencia*, Dofiscal Editores, México, 1999, p. 16.

²⁷⁶ En el caso de México, el Artículo 64-A de la Ley del Impuesto sobre la Renta establece lo siguiente: “Los contribuyentes de este Título que celebren operaciones con partes relacionadas están obligados, para efectos de esta Ley, a determinar sus ingresos acumulables y deducciones autorizadas, considerando para esas operaciones los precios y montos de contraprestaciones que hubieran utilizado con o entre partes independientes en operaciones comparables.

En caso contrario, las autoridades fiscales podrán determinar los ingresos acumulables y deducciones autorizadas de los contribuyentes, en operaciones celebradas entre partes relacionadas, considerando para esas operaciones los precios y montos de contraprestaciones que hubieran utilizado partes independientes en operaciones comparables, ya sea que éstas sean con personas morales, residentes en el país o en el extranjero, personas físicas y establecimientos permanentes o bases fijas en el país de residentes en el extranjero, así como en el caso de las actividades realizadas a través de fideicomisos”.

²⁷⁷ Sobre el tema véase PLASSCHAERT, Sylvain, y otros, INTERNATIONAL THOMSON BUSINESS PRESS, *Transnational Corporations and World Development, Published by Routledge on behalf of the UNCTAD Division on Transnational Corporations and Investment, “Transfer pricing and taxation”*, Ed. International Thomson Business Press, London, England, UK, 1996, pp. 394-417.

²⁷⁸ A manera de ejemplo, algunos de los países con los cuales nuestro país ha celebrado tratado de doble tributación son: Chile (D.O.F. 12 de mayo de 2000), Israel (D.O.F. 11 de agosto de 2000), Finlandia (D.O.F. 11 de agosto de 2000), Suiza (D.O.F. 24 de octubre de 1994), Irlanda (D.O.F. 9 de agosto de 2000), España (D.O.F. 31 de diciembre de 1994), Holanda (D.O.F. 31 de diciembre de 1994), Alemania (D.O.F. 16 de marzo de 1994), Argentina (D.O.F. 19 de junio de 1998), Dinamarca (D.O.F. 27 de mayo de 1998), Italia (D.O.F. 29 de marzo de 1995) y Estados Unidos de América (D.O.F. 3 de febrero de 1994).

²⁷⁹ *Vid supra* 4.2.

gobiernos, proveedores, etc. Desgraciadamente esta interfase local se olvida fácilmente cuando se trata de optimizar la liquidez corporativa mundial.²⁸⁰

Consideramos acertado el análisis del financiero David Eiteman, por lo que se transcribe a continuación:

Las empresas multinacionales algunas veces “separan” su transferencia de fondos en flujos específicos para cada fin. Los países anfitriones podrán así percibir que una parte de lo que de otra forma se llamaría “remesas de beneficios” constituye una compra esencial de beneficios específicos que rigen los valores mundiales y benefician al país anfitrión. La independización permite que la corporación multinacional recupere fondos de sus filiales sin alterar la sensibilidad del país anfitrión con grandes “sangrías de dividendos”. Una comparación concepto a concepto de remesas y factores de producción en la forma de regalías por patentes, honorarios por servicios, etc, es benéfica para el país anfitrión y para el inversionista extranjero. Si todos los factores de inversión son independizados o liberados, parte de lo que podrían parecer ganancias residuales podría convertirse en gastos deducibles de impuestos relacionados con un beneficio específico adquirido. La independización también facilita la asignación de gastos generales de una división internacional de la casa matriz a cada una de sus filiales en la operación de acuerdo con una fórmula predeterminada. Finalmente, la independización facilita la entrada de capital local en proyectos de empresas conjuntas, debido a que la remuneración total para los diferentes propietarios puede hacerse en proporción al valor de sus diferentes tipos de contribución, en lugar de solamente en proporción a su inversión monetaria.²⁸¹

Aquí se habla de una *independización*, pero creemos que el término adecuado es *limitación* ya que si habláramos de un manejo totalmente independiente de la controladora, sería contrario a una parte esencial en el esquema utilizado por las EMNs. Sin embargo, conviene que las empresas filiales tengan una autonomía parcial o limitada de forma tal que se busquen dos metas: por un lado, que la filial contribuya al crecimiento de la EMN cumpliendo con los objetivos y directrices marcados por la controladora, y por otro lado

²⁸⁰ Cfr. EITEMAN, David K, y STONEHILL, Arthur I. *Op. cit.*, p. 576.

²⁸¹ Cfr. *Idem.*

lograr que la empresa filial tenga una eficiencia financiera y económica *per se*. Si se cumplen los anteriores objetivos y a la vez se establece un límite al flujo de ganancias, se evitaría el abuso de la personalidad jurídica de las filiales por parte de las EMNs. La anterior postura debe plasmarse en una legislación que prevea un límite al flujo de ganancias a las empresas con inversión extranjera.²⁸²

²⁸² Hay que advertir que el incluir la limitación al flujo de ganancias de la filial de una EMN en nuestra legislación, podría ahuyentar la inversión extranjera en el país, que en caso de ser contrario a la política económica del gobierno, resulta prácticamente imposible incluir dicha limitación.

5. NACIONALIDAD DE LA EMPRESA MULTINACIONAL.

Como es lógico en la estructura de las EMNs, al estar establecidas en diversos países se encuentran sujetas a distintas legislaciones, lo que puede dar lugar a confusión respecto de la legislación que debe aplicarse.

Según nuestra clasificación, la EMN es agente económico donde la cabeza se encuentra una sociedad en un país determinado, y que es socio de otras empresas filiales establecidas en otros países, lo anterior a diferencia de la empresa transnacional.²⁸³

Partiendo de esto, tanto la matriz como cada filial tendrán una nacionalidad distinta,²⁸⁴ y la nacionalidad de las sociedades para algunos ha sido un punto de contacto para la determinación de la ley aplicable.²⁸⁵

Son muy variados los criterios que la doctrina propone para la determinación de la nacionalidad de una persona moral. Arellano García²⁸⁶ los clasifica de la siguiente manera:

- a) *Criterio de la voluntad de los fundadores:* se le concede a los socios la facultad de atribuirle la nacionalidad a la sociedad. Este criterio es objetable, entre otras razones porque es el Estado el que puede atribuir la nacionalidad a las personas morales.
- b) *Criterio de la autorización:* El Estado integra la personalidad jurídica de la sociedad mediante un acto administrativo de autorización.

²⁸³ *Vid supra* 1.2.

²⁸⁴ Hay posturas que rechazan la nacionalidad de las sociedades, basándose en que el concepto de nacionalidad incluye una característica que es propia y exclusiva de las personas físicas, como es que los individuos forman el elemento del Estado llamado "población". Véase ARELLANO GARCÍA CARLOS, *Op. cit.*, pp. 327 ss.

²⁸⁵ *Cfr.* PEREZNIETO CASTRO, Leonel. *Derecho Internacional Privado*, Ed. Harla, México, 6ª ed., 1996, p. 47.

²⁸⁶ ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Op. cit.*, p. 344 ss.

- c) *Criterio de la constitución:* según este criterio, sostenido tradicionalmente por el derecho anglosajón, establece que la persona moral tendrá la nacionalidad del Estado conforme a cuyas leyes se constituyó.
- d) *Criterio del lugar de la constitución:* la nacionalidad se determina por el territorio del país en el cual se constituyó.
- e) *Criterio de la nacionalidad de los socios:* la nacionalidad de la sociedad dependerá de la nacionalidad de los socios.
- f) *Criterio del lugar de emisión de acciones:* la nacionalidad del país donde se emitan las acciones.
- g) *Criterio del lugar de explotación o del principal establecimiento:* para el caso de las EMNs, pudiese resultar interesante su aplicación, ya que para este tipo de empresas el lugar de explotación suele ser distinto al lugar de constitución.
- h) *Criterio del domicilio social:* dependiendo del domicilio social de la sociedad.²⁸⁷
- i) *Combinación de los criterios constitución y domicilio:* es una mezcla de los incisos c) y h), postulado de Enrique Helguera.²⁸⁸
- j) *Criterio de control:* la nacionalidad dependerá del lugar donde se ejerce el control de la sociedad. Para el caso de las EMNs, podría resultar conveniente otorgar a las filiales la nacionalidad de la controladora.

²⁸⁷ Surge la discusión de ver qué se entiende por domicilio social. Niboyet considera que el domicilio social es el lugar donde se centralizan sus servicios. Citado por ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Op. cit.*, p. 349.

²⁸⁸ Citado por *Ibidem*, p. 350.

Sobre todo para el caso de EMNs donde la autonomía de las filiales es muy reducida o incluso nula.

Arellano García hace un breve análisis comparativo de las legislaciones de algunos países.²⁸⁹

- En *Alemania* los socios eligen la sede social y concomitantemente hacen una elección indirecta de la ley aplicable, y la nacionalidad es la de la sede social.
- En *Brasil* serán de nacionalidad brasileña aquellas sociedades constituidas conforme a la legislación de Brasil y que tengan su sede social en dicho país.
- En *España* la legislación otorga la nacionalidad española a las sociedades domiciliadas en España y que tengan el concepto de personalidad jurídica con arreglo a la legislación de dicho país.
- En *Estados Unidos* se distingue entre *domestic corporation* y *foreign corporation*, siendo *domestic corporation* aquella sociedad constituida conforme a la legislación de una entidad federativa, y *foreign* la que se constituya conforme a otras leyes.
- En *Inglaterra* se atribuye la nacionalidad de acuerdo al lugar de la constitución. Sin embargo existen dos teorías, por un lado, la teoría que considera más importante el lugar donde se encuentra el establecimiento o la planta industrial de producción, y la segunda teoría es la de la organización económica, la cual va ligada al lugar donde se encuentren los propietarios y donde se realice el control de la producción.²⁹⁰

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 355 ss.

²⁹⁰ DUNNING H, John, y otros INTERNATIONAL THOMSON BUSINESS PRESS, *Transnational Corporations and World Development*, Published by Routledge on behalf of the UNCTAD Division on Transnational Corporations and Investment, "The nature of transnational corporations and their activities". Ed. International Thomson Business Press, London, England, UK, 1996, p. 28.

Nuestro país contempla en la Ley de Nacionalidad que son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes mexicanas y tengan en el territorio nacional su domicilio legal.²⁹¹ Esta disposición implica dos elementos: el primero de carácter formal, que se refiere al de su constitución conforme a las leyes de la República, y un segundo de carácter real, el de tener en México su domicilio legal²⁹² y en consecuencia serán sociedades extranjeras las sociedades que no reúnan ambos elementos.²⁹³

Una vez que se determina plenamente la nacionalidad de la sociedad, cada una será regida por la legislación del país del cual es nacional, por tanto, las sociedades establecidas en nuestro país se registrarán conforme a nuestra legislación. Lo anterior independientemente de que las filiales cuenten con totalidad de capital extranjero, que en todo caso cada Estado legislará en materia de inversión extranjera como es el caso de nuestro país.²⁹⁴

Un ejemplo interesante es el conocido como "*The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*", el cual fue resuelto por la Corte Internacional de Justicia de la Haya.²⁹⁵ Aquí la empresa denominada *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, constituida en Toronto, Canadá para producir energía eléctrica y distribuirla en Cataluña, España. Años después de su constitución, gran parte del capital social de dicha compañía quedó en manos de inversionistas belgas. Durante un tiempo la empresa operó en forma normal en la región de Cataluña, pero como consecuencia del cambio de gobierno derivado de la Guerra Civil, el gobierno español se negó a autorizar la transferencia de los fondos acordados, además de que la justicia española declaró en quiebra a la empresa y ordenó la venta de los bienes para el pago de las deudas.

²⁹¹ Artículo 9º de la Ley de Nacionalidad: "*Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes de la República y tengan en ella su domicilio legal...*".

²⁹² Cfr. PEREZNIETO CASTRO, Leonel. *Op. cit.*, p.48.

²⁹³ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge. *Op. cit.*, p. 304.

²⁹⁴ *Vid supra* 3.3.2.

²⁹⁵ Tomado de la página de Internet de la Corte Internacional de Justicia: www.icj-cij.org/icjwww/fidecisions/issummaries/ibtsummary640724.htm

Ante esta situación la empresa acudió al gobierno de Canadá para que intercediera ante la Corte Internacional de Justicia, y al no obtener éxito en su petición y siendo accionistas de nacionalidad belga, acudieron al gobierno de Bélgica buscando su protección. Entre otras cosas, la Corte Internacional de Justicia desconoció la capacidad legal del gobierno de Bélgica para proteger los intereses de los perjudicados, argumentando que los actos reclamados no habían tenido relación con algún nacional de Bélgica o persona jurídica de nacionalidad Belga, ya que se trataba de una sociedad de nacionalidad canadiense. Además la Corte Internacional de Justicia manifestó que el derecho internacional no reconoce algún tipo de derecho de protección diplomática que pueda ser ejercido por un Estado diferente al de la nacionalidad de la sociedad involucrada. Con esta resolución, la Corte reconoció la teoría de que la nacionalidad de la sociedad es independiente de la nacionalidad de los socios que la constituyen.

Resumiendo este capítulo, podemos decir que es una cuestión de derecho que la EMN es la suma de varias empresas subsidiarias, sobre las cuales recae la aplicación de una ley nacional determinada que depende del país donde se encuentre.²⁹⁶ Otro tema es el de la jurisdicción bajo la cual se resuelven los conflictos en las EMNs, mismo que no abordaremos por tratarse de un asunto que amerita otro estudio.

²⁹⁶ RUBIN Seymour J., WALLACE Don Jr., y otros, INTERNATIONAL THOMSON BUSINESS PRESS, *Transnational Corporations and World Development*, Published by Routledge on behalf of the UNCTAD Division on Transnational Corporations and Investment, "Transnational corporations and national law". Ed. International Thomson Business Press, London, England, UK, 1996, p. 501.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

- Las EMNs son una realidad que atiende a factores de índole económica, estratégica, jurídica e incluso política. Las grandes empresas no se circunscriben al ámbito local, sino que tienen como uno de sus fines internacionalizar su operación incursionando en los mercados extranjeros por medio del establecimiento de subsidiarias o, en su caso, por medio de la realización de alianzas estratégicas. La EMN puede definirse como aquel agente económico con operaciones en distintos países teniendo a la cabeza una empresa llamada controladora, la cual se encuentra establecida en un país, y que es socio de otras empresas llamadas filiales, que se hallan en otros países como una persona jurídica diferente.
- La forma jurídica elegida por las EMNs dependerá de la naturaleza del negocio, costos de operación, tamaño de la empresa, así como de factores legales, fiscales y económicos del país donde se encuentra la controladora y de donde se encontrará la filial.
- Por lo general las EMNs atienden a una naturaleza jurídica de carácter mercantil, ya que cuentan principalmente con fines económicos y de especulación mercantil.
- Para la elección de la figura jurídica para las EMNs deben tomarse en cuenta los siguientes aspectos: (i) objetivos perseguidos por los socios, (ii) objetivos que la empresa que va a constituirse pretenda perseguir, (iii) la relación que se desea entre socios y accionistas, (iv) el capital social de la empresa que pretende constituirse, (v) el tamaño de la empresa, (vi) la relación que se desea entre los socios y los futuros acreedores, (vii) el tipo de administración, (viii) el tratamiento fiscal, y (ix) las características de operación de la empresa.

- Las principales formas jurídicas de carácter mercantil utilizadas en el sistema anglosajón son: (i) *partnership*, (ii) *corporation*, y (iii) *limited liability company*.
- La *corporation* está basada en principios de dirección y manejo centralizados y responsabilidad limitada de los accionistas, siendo la *corporation* una entidad con personalidad distinta a la de los accionistas, por lo que es un tipo de sociedad factible de ser utilizado por las EMNs.
- El rasgo distintivo y característico de la estructura organizacional de las EMNs en el Continente Europeo, es el hecho de que tienen su origen en fusiones entre diferentes compañías.
- El esquema de EMN utilizado en Japón es el conocido como *keiretsu*, que consiste en una agrupación de empresas con una estructura lineal y horizontal, a diferencia de una estructura piramidal, es decir, que no hay una empresa que dirija a las demás sino que es un conjunto de empresas de igual jerarquía que se agrupan entre sí.
- En nuestro país, la sociedad anónima es la figura jurídica favorita de las EMNs. Lo anterior se desprende principalmente de: (i) al ser su regulación más amplia, el campo de organización y actuación es mucho más extenso; (ii) la responsabilidad de los socios se limita al pago de sus aportaciones; (iii) la división del capital social en acciones y por tanto la negociabilidad de las mismas; y (iv) estructura orgánica impersonal.
- La principal razón por la que la sociedad en nombre colectivo, la sociedad en comandita simple y la sociedad en comandita por acciones no se adaptan a las necesidades de las EMNs, es que por lo general los socios de las EMNs no buscan responder de manera ilimitada o subsidiaria.

- La sociedad cooperativa no es apta para el esquema de la EMN, entre otras razones porque la legislación establece que deberá conformarse por personas físicas excluyendo por tanto la posibilidad de participación de otra empresa (*holding*).
- Las principales desventajas de la sociedad de responsabilidad limitada para la EMN son: (i) la sociedad de responsabilidad limitada no es una sociedad cuyo capital se encuentre dividido y representado por acciones sino por partes sociales que no son títulos de crédito negociables, además de que se establecen requisitos para la cesión de partes sociales; (ii) la imposibilidad de contar con un número más de 50 socios; (iii) cada socio no podrá contar con más de una parte social, dificultando así la transferencia de partes sociales, y (iv) al considerar al acto constitutivo como contrato, obstaculiza las modificaciones a las cláusulas de los estatutos, ya que se requerirá del consentimiento de todos los que fueron partes del contrato. Sus principales ventajas es el beneficio fiscal que pueden obtener los inversionistas extranjeros en algunos países y su manejo más sencillo en comparación con la sociedad anónima.
- La LIE es aplicable a las EMNs establecidas en nuestro país, por tratarse de empresas en las cuales hay participación de inversionistas extranjeros, y clasifica a la inversión extranjera de acuerdo con cinco supuestos, a saber: (a) empresas en las cuales puede participar la inversión extranjera en cualquier porcentaje del capital social, (b) empresas que se dedican a actividades consideradas áreas estratégicas del Estado, (c) empresas cuyas actividades no son reservadas al Estado pero sí para mexicanos o sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, (d) empresas en las cuales se permite la participación de inversión extranjera pero con ciertos límites en cuanto a su porcentaje de participación (puede ser flexible o inflexible), y (e) empresas en las cuales no puede participar en más del 49% de su capital social.

- La aplicabilidad de la LCE a las EMNs radica en el objetivo de la comercialización de bienes, la importación de materia prima y exportación de los productos terminados, actividades que en la mayoría de los casos son propias de las EMNs.
- El elemento principal de las sociedades es la vinculación recíproca de los individuos que forman la sociedad para lograr un fin común, y como en la mayoría de las EMNs se utiliza un esquema en el que se involucra gran cantidad de socios e incluso diversas sociedades, es muy susceptible de que se desvirtúe el sentido de la sociedad o incluso se abuse del concepto de persona jurídica. Como consecuencia de una tendencia a la globalización del comercio, se ha provocado que una sociedad sea utilizada por otra que busca un beneficio limitando su responsabilidad al patrimonio de la empresa filial.
- La sociedad existe para cumplir determinados fines propios y no de los socios, por lo que en caso de un abuso de la personalidad jurídica de la empresa se puede llegar a considerar como una “simulación” de sociedades donde sólo imperen la voluntad e intereses de una sola persona, por lo que pudiese proceder la desestimación de la personalidad de la sociedad y la imputación al socio de responsabilidad cuando se pruebe que se utiliza como medio para cumplir los fines de la controladora y no de la sociedad.
- El supuesto anterior es una “excepción” al principio general y por tanto se deberá atender a las circunstancias particulares del caso, por lo que la legislación debe prever los supuestos generales en los cuales se pudiese llegar a desestimar la personalidad jurídica y de forma específica para el caso de sociedades que operen bajo el esquema de una EMN. Son dos los presupuestos generales: (i) cuando en estricto derecho son dos sociedades distintas (la controladora y la filial), pero que de *facto* actúan como una sola unidad económica persiguiendo un fin común, dirigidas por una misma administración y con un patrimonio común, y (ii) cuando la controladora utiliza a la empresa filial para la obtención de fines ajenos a la filial y para el exclusivo beneficio de la empresa madre. Además de estos dos supuestos,

debe existir un perjuicio para desestimar la personalidad jurídica porque de lo contrario no habría ningún derecho o interés jurídico que proteger.

- Resulta necesaria la existencia de una legislación que regule de manera especial el caso de la responsabilidad de una controladora de una EMN para el caso de que una de sus entidades filiales sea incapaz de cumplir con sus obligaciones. Para tal efecto, el legislador deberá tomar en cuenta los aspectos de desestimación jurídica, además de si la responsabilidad es de carácter extracontractual o contractual, ya que en este último supuesto el acreedor está en mayor posibilidad de saber si la EMN cumpliría con sus obligaciones. En cualquier caso, la legislación debe prever la intervención de la autoridad judicial que aplique criterios de justicia y equidad.
- En derecho anglosajón, para llegar a fincar responsabilidad en la controladora de una EMN, se toma en cuenta si se trata de acreedores voluntarios y de acreedores involuntarios. En concreto, para el caso de las EMN la mayoría de los precedentes de las Cortes de tradición anglosajona, indica que el órgano jurisdiccional toma en cuenta la existencia de “control” e “intervención” en el manejo de la filial por parte de la *holding*.
- Es menester que la legislación proteja los derechos de los socios minoritarios de una EMN respecto de la controladora, más para el caso de socios nacionales minoritarios.
- Con objeto de evitar la insolvencia de las empresas filiales para cumplir con sus obligaciones respecto a terceros, es precisa la existencia de una legislación que contemple “restricciones de liquidez” para cada empresa filial. Esto llevará a que las EMNs persigan dos objetivos: (i) contribuir al crecimiento de la EMN en su conjunto cumpliendo con los objetivos y directrices establecidos por la controladora, y (ii) lograr que la empresa filial tenga una eficiencia financiera y económica propia.

- Cada sociedad será regida por la ley del país del cual es nacional, y por tanto las sociedades constituidas en nuestro país como mexicanas, se regirán conforme a nuestra legislación, con independencia de que la totalidad del capital sea de una sociedad extranjera.
- Nuestra propuesta fundamental se basa en la creación de un sistema internacional que contemple los principios, procedimientos, mecanismos y reglas generales aplicables de manera especial a este tipo de empresas. Para lo anterior, se deberá tomar como base un sistema de acuerdos internacionales de carácter multilateral cuyo objeto sea la adopción de criterios y principios uniformes, no sólo para la resolución de controversias sino también para una regulación jurídica general.
- Las principales funciones del sistema referido en el punto anterior, deberán incluir las siguientes: (i) asegurar un grado de estabilidad y transparencia en relación a las normas bajo las cuales las EMNs operan en diversos Estados, (ii) asegurar principios básicos de contabilidad que faciliten una homogeneidad entre diversos sistemas tributarios, (iii) proporcionar un alto grado de compatibilidad entre las distintas normas de regulación en materia económica, y (iv) prever la resolución de conflictos que involucren este tipo de empresas.

GLOSARIO

CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
EMN	Empresa multinacional.
EMNs	Empresas multinacionales.
<i>HOLDING</i>	Empresa con una participación mayoritaria en el capital social de otras empresas. El término es utilizado indistintamente como empresa madre, dominatriz o controladora.
LCE	Ley de Comercio Exterior.
LFCE	Ley Federal de Competencia Económica.
LGSM	Ley General de Sociedades Mercantiles.
LIE	Ley de Inversión Extranjera.
RLCE	Reglamento de la Ley de Comercio Exterior.
RLIE	Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAMBURU CUESTA, Gloria. "Reconformación de los Grupos Financieros en México", Tesis, Facultad de Derecho, Universidad Panamericana, México, 1999.
- ARCE GARGOLLO, Javier. *Contratos Mercantiles Atípicos*, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 1996.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Derecho Internacional Privado*, Ed. Porrúa, 11ª ed., México, 1995.
- BARRA MEXICANA COLEGIO DE ABOGADOS, Autores varios, *La Nueva Ley Sobre Comercio Exterior*, Ed. Porrúa, México, 1987.
- BARRERA GRAF, Jorge. *Instituciones de Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, 2ª ed., México, 1991.
- BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. *La Empresa*, Ed. Porrúa, 1ª ed., México, 1977.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Obligaciones Civiles*, Editorial Harla, 3ª ed., México, 1993.
- BERLE Jr., Adolf A. *The Theory of Enterprise Entity*, 47 Col. L. Rev. 343, 1947.
- BLACK'S LAW DICTIONARY, Sixth Edition, St Paul, Minn. West Publishing Co. 1990.
- BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos, S.A. 10ª edición, Madrid, 1994.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Derecho Mercantil Primer Curso*, Ed. Herrero, México, 1975.
- Código Civil para el Distrito Federal.*
- Código Civil para el Estado de Jalisco.*
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados del 23 de mayo de 1969.*
- DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe. *Derecho Bancario y Contratos de Crédito*, Editorial Harla, 2ª ed., México, 1992.

DAVIS, Reginald L, *Industria Maquiladora y Subsidiarias de Co-inversión, Régimen Jurídico y Corporativo*, CARDENAS, EDITOR, México, 1985.

DE PINA VARA, Rafael. *Derecho Mercantil Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 1958.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Los Principios Generales del Derecho*, BOSCH, Casa Editorial-Urgel, 2ª ed., Barcelona, 1948.

DÍAZ MÜLLER, Luis. *El SELA y las empresas multinacionales latinoamericanas*, UNAM, México, 1987.

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 21ª ed., Madrid, 1992, Tomos I y II.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

EITEMAN, David K. y STONEHILL Arthur I. *Las Finanzas de las Empresas Multinacionales*, Ed. Addison- Wesley Iberoamericana, 5ª ed., Wilmington, Delaware, EUA, 1992.

FRISCH PHILIPP, Walter. *Sociedad Anónima Mexicana*, Oxford University Press Harla, México, 1996.

GATT CORONA, Guillermo A. Apuntes del curso "Disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia Económica" impartido por el LL.M. Guillermo A. Gatt Corona en la Universidad de La Habana, Cuba del día 4 al 8 de enero de 1999.

GARCÍA RENDÓN, Manuel. *Sociedades Mercantiles*, Ed. Harla, México, 1993.

GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, SÁNCHEZ GONZÁLEZ y otros, *Estudios Sobre la Sociedad Anónima, "La sociedad anónima en sus principios configuradores"*, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

GIRÓN TENA, José. *Las Grandes Empresas*, Universidad de Valladolid.

GÓMEZ COTERO, José de Jesús. *Precios de Transferencia*, Dofiscal Editores, México, 1999.

GONZÁLEZ LUNA MARSEIYE, Santiago. Apuntes de Inversión Extranjera de la materia impartida en la División de Posgrados de la Universidad Panamericana, sede Guadalajara.

GUADARRAMA LÓPEZ, Enrique. *Las Sociedades Anónimas*, Ed. Porrúa, 2ª ed., México, 1995.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*, Ed. Porrúa, México, 1997.

Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática, Agenda Estadística 1999 Estados Unidos Mexicanos, México, 1999.

INTERNATIONAL THOMSON BUSINESS PRESS, Autores varios, *Transnational Corporations and World Development*, Published by Routledge on behalf of the UNCTAD Division on Transnational Corporations and Investment, Ed. International Thomson Business Press, London, England, UK, 1996.

JOHNSON OKHUYSEN, Eduardo. *Compañía Dominatriz. Holding Company*, Ed. Publicaciones Administrativas y Contables, México, 1981.

KIZOLCHYK, Boris. *El Derecho Comercial ante el Libre Comercio y el Desarrollo Económico*, McGraw Hill, México, 1996.

LEDESMA URIBE, Bernardo. "La Desestimación de la Personalidad Jurídica", Tesis, Escuela Libre de Derecho, México, 1979.

LEWIS D. Solomon, E. SCKWARTZ Donald, D. BAUMAN Jeffrey, J. WEISS Ellitot. *Corporations Law and Policy, Materials and Problems*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1994.

Ley de Comercio Exterior.

Ley de Concursos Mercantiles.

Ley de Nacionalidad.

Ley Federal de Competencia Económica.

Ley General de Sociedades Cooperativas.

Ley General de Sociedades Mercantiles.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ley de Inversión Extranjera.

MANTILLA MOLINA, Roberto L. *Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, 17ª ed., México, 1977.

MARTÍNEZ VERA, Rogelio. *Legislación del Comercio Exterior*, Ed. McGraw – Hill, México, 1997.

MORENO PEÑALOSA, Francisco Javier. "La Persona Jurídica Colectiva y las Soluciones a los Abusos de la Personalidad Jurídica en el Derecho Mercantil Comparado", Tesis, Escuela de Derecho, Universidad Panamericana, sede Guadalajara, México, 1999.

MUCHLINSKY, Peter. *Multinational Enterprises and the Law*, BLACKWELL, Oxford UK & Cambridge USA.

OHMAE, Kenichi. *El mundo sin fronteras*, Mc. Graw Hill, México, 1995.

OMEBA Enciclopedia Juridica, Argentina, 1976.

PACHECO ESCOBEDO, Alberto. *La Persona en el Derecho Civil Mexicano*, Ed. Panorama, México, 1991.

PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*, Ed. Temis, 3ª ed., Bogotá, 1981.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel. *Derecho Internacional Privado*, Ed. Harla, 6ª ed., México, 1996.

PORTER, Michael E. *The Competitive Advantage of Nations*, The Free Press, New York, 1990.

POSNER, Richard A. *An Economic Analysis of Law*, 4th Ed. 1992.

POTHIER, R. J. *Tratado de las Obligaciones*, Editorial Heliasta, Argentina, 1993.

Reglamento de la Ley de Comercio Exterior.

Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.

ROBLES FARÍAS, Diego. *El Régimen Jurídico de los Extranjeros que participan en Sociedades Mexicanas*, Editorial Themis, México, 1999.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. *Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, 21 ed., México, 1994, tomo I.

RUIZ MASSIEU, José Francisco. *Régimen Jurídico de las Empresas Multinacionales en la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio*, UNAM, México, 1972.

SERICK, Rolf. *Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1958.

TUNC, André y TUNC, Suzanne. *El Derecho de los Estados Unidos de América: Instituciones Judiciales, Fuentes Técnicas: Historia del Common Law, Naturaleza del Common Law*, UNAM, México, 1957.

VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar. *Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles*, Ed. Porrúa, 3ª ed., México, 1987.

WILSON MOLINA, John M., Artículo titulado "*Los diversos tipos de sociedades mercantiles en los Estados Unidos de Norteamérica*" publicado en *Jurídica. Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Número 27. 1997.

WITKER, Jorge. *El Régimen Jurídico del Comercio Exterior de México*, UNAM, 1ª ed. México, 1991.

WM. FESSLER. *Alternatives to Incorporation for Persons in Quest of Profit*, West Publishing Co., 3a ed., St. Paul, Minn., Tercera Edición, 1991.

Servitesis

OTRA OPCION PARA SU TESIS

615-18-61

AV. MEXICO 2210

(CASI ESQUINA CON AMERICAS)