

ASPECTOS LEGALES Y SEGURIDAD JURÍDICA EN MÉXICO

A continuación destacamos en forma sucinta ciertos aspectos que entendemos relevantes desde un punto de vista legal a la hora de considerar llevar a cabo una inversión y realizar negocios en México.

Marco general de la inversión extranjera en México.

La inversión extranjera en México se encuentra regulada por la Ley de Inversión Extranjera (en adelante, "LIE") y su reglamento, así como por diversos tratados internacionales.

En México, por regla general, los extranjeros pueden: (i) participar en la constitución de sociedades sin necesidad de aprobación previa por parte del Gobierno Mexicano; (ii) poseer hasta el 100% de sociedades mexicanas sin mayor restricción que el registro ante el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras; y (iii) realizar actividades económicas, a excepción de algunas áreas reservadas de manera exclusiva al Estado, a los mexicanos o sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, las cuales se detallan en el apartado siguiente.

Respecto de las inversiones españolas en México, cabe destacar que ambos países forman parte de un acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones, con el objeto de favorecer el desarrollo de los flujos de capital y brindar seguridad jurídica a las inversiones de ambos países, al que nos referimos más adelante.

Tanto los extranjeros como las sociedades en cuyo capital participa la inversión extranjera y los fideicomisos en los que deriven derechos a favor de los extranjeros, están obligados a inscribirse en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras (RNIE) ante la Secretaría de Economía. Asimismo, dichas personas deben cumplir con la entrega de información periódica sobre su situación y negocios, así como sobre flujos e información fiscal.

En México existe total libertad para realizar operaciones de cambios internacionales, tanto para comprar como para vender moneda extranjera en los bancos comerciales y las casas de cambios autorizadas.

Actividades reservadas al Estado y limitaciones a la inversión extranjera.

De conformidad con lo previsto en los capítulos II y III del Título Primero de la LIE, se pueden identificar cuatro (4) niveles de limitaciones a la inversión extranjera en México:

- (i) Aquellas actividades que por considerarse áreas estratégicas están reservadas de manera exclusiva al Estado y, por consiguiente, no pueden desarrollarse ni por empresas o personas físicas mexicanas, ni por empresas o personas físicas extranjeras. Dentro de estas actividades se encuentran las áreas de petróleo y demás hidrocarburos, la electricidad, la emisión de billetes y la generación de energía nuclear, entre otros.
- (ii) Ciertas actividades que están reservadas de manera exclusiva a mexicanos, dentro de las que se encuentran, entre otras, el transporte terrestre nacional de pasajeros, el comercio al por menor de gasolina, la distribución de gas licuado de petróleo, los servicios de radiodifusión y otros servicios de radio y televisión distintos a la televisión por cable.

GARRIGUES

- (iii) Existen también actividades con regulación específica que comprenden aquellas áreas en las que la inversión extranjera puede participar hasta un porcentaje máximo fijado por la LIE.

Dentro de estas actividades se encuentran, por ejemplo, las sociedades cooperativas de producción, con un límite máximo del 10% de participación para extranjeros; el transporte aéreo nacional, el transporte en aerotaxi y el transporte aéreo especializado, con un límite máximo del 25% de participación para extranjeros; y, en instituciones de seguros, instituciones de finanzas, casas de cambio, almacenes generales de depósito, administradoras de fondos para el retiro, fabricación de explosivos y armas de fuego, impresión y publicación de periódicos para circulación exclusiva en el territorio nacional, pesca en agua dulce, costera y en la zona económica exclusiva sin incluir acuicultura, administración portuaria integral, ciertos servicios portuarios y navieros, suministro de combustibles y lubricantes para embarcaciones, aeronaves y equipo ferroviario, ciertas sociedades concesionarias de servicios de telecomunicaciones, entre otras, con un límite máximo del 49% de participación para extranjeros.

- (iv) Por otra parte, hay actividades económicas en las que se requiere resolución favorable de la autoridad en materia de inversión extranjera en México para que ésta pueda participar con un porcentaje mayor al 49%. En este caso, únicamente se requiere de dicha autorización cuando los activos de las sociedades rebasen un monto determinado anualmente por dicha autoridad.

Dentro de estas actividades se encuentran, por ejemplo, ciertas actividades específicas relacionadas con el tráfico marítimo y los servicios portuarios, las sociedades concesionarias de aeródromos de servicio al público, los servicios privados de educación preescolar, primaria, secundaria, media superior, superior y combinados, los servicios legales, las sociedades de información crediticia, las instituciones calificadoras de valores, los agentes de seguros, la telefonía móvil, la construcción de ductos para la transportación de petróleo y sus derivados, la perforación de pozos petroleros y de gas, y la construcción, operación y explotación de vías férreas que sean vía general de comunicación y la prestación del servicio público de transporte ferroviario.

- (v) En el resto de actividades, la inversión extranjera puede participar sin ninguna limitación en cuanto al monto invertido o porcentaje de participación.

De acuerdo con la Oficina Económica y Comercial de España en México, las actividades económicas abiertas a la participación foránea de hasta el 100% del capital social incluyen casi el 94% del total de actividades consideradas en la Clasificación Mexicana de Actividades y Productos del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) de México. Estos sectores, en términos generales, comprenden la alimentación, las bebidas y el tabaco, el sector textil, de prendas de vestir y cueros, la madera y los productos de papel, así como al restauración, los hoteles y el comercio¹.

¹ <http://www.inegi.gob.mx/>.

Como contrapartida a las restricciones en los porcentajes máximos de inversión por parte de extranjeros, la LIE prevé un mecanismo denominado “inversión neutra”, conforme al cual la participación societaria adquirida a su amparo no se computa para determinar el porcentaje de inversión extranjera en el capital social de sociedades mexicanas. Este mecanismo permite a los extranjeros invertir en sociedades mexicanas que realicen actividades restringidas, más allá de los límites máximos legales, cuando sus derechos de voto sean limitados o participen a través de fideicomisos autorizados en los que el inversor recibe beneficios económicos, pero goza de derechos corporativos limitados.

Representación, Distribución y Agencia

La base legal de los contratos relacionados con la distribución comercial la podemos encontrar en el Código Civil Federal, el Código de Comercio y la legislación mercantil. No obstante y como pasa también en España, no todos los contratos están regulados (siendo contratos atípicos). Los contratos típicos son aquellos que se encuentran regulados en la legislación, en cuanto a sus características y contenido obligatorio, en tanto que los atípicos son aquellos que carecen de alguna regulación o disciplina en la legislación. La actividad comercial ha originado que estos contratos atípicos se empleen por los comerciantes dando lugar a la existencia de contratos de distribución, suministro, agencia, etc. Al no tener una regulación específica sus características provienen de otros contratos típicos habitualmente por analogía y, en su caso, con base en la jurisprudencia aplicable. La ventaja de estos contratos es que al no existir una regulación legislativa prevalece la libertad contractual entre las partes.

Por otro lado, es importante tener en cuenta que México suscribió la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras y que el Título Cuarto (Del Arbitraje Comercial) del Código de Comercio prevé el Procedimiento de Arbitraje Comercial, que se basó en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional realizada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, conocida por sus siglas en inglés como UNCINTRAL.

Dado lo anterior, una de las alternativas para prevenir y resolver conflictos para cualquier empresa que tenga actividades en México, puede ser el procedimiento arbitral en lugar de acudir a tribunales. Para lograr lo primero es importante incluir en los contratos una cláusula compromisoria arbitral y analizar con carácter previo la idoneidad de la misma tomando en consideración las circunstancias del caso concreto.

Constitución de sociedades por extranjeros y determinados vehículos de inversión.

Para la constitución de sociedades por parte de extranjeros, se requiere un permiso denominación otorgado por la Secretaría de Economía, y la aprobación de esta última. Es preciso señalar que en México no están permitidas las sociedades unipersonales, cualquier sociedad anónima o de responsabilidad limitada (entre otras), debe tener, al menos, dos (2) socios.

De conformidad con la Ley General de Sociedades Mercantiles, la constitución y posterior modificación de las sociedades se efectúa ante Notario, y se inscribe en el Registro Público de Comercio de la ciudad en la que están domiciliadas socialmente.

GARRIGUES

Las sociedades extranjeras que pretendan realizar habitualmente actos de comercio en México también requieren una autorización previa por parte de la Secretaría de Economía. La autorización se concedería dando cumplimiento a los siguientes requisitos: (i) deben acreditar que están constituidas de acuerdo con las leyes de su país; (ii) el contrato social y demás documentos constitutivos de dichas sociedades no deben ser contrarios a los preceptos de orden público establecidos en las leyes mexicanas, y (iii) deberán tener un representante domiciliado en el lugar donde van a operar, autorizado para responder de las obligaciones que contraigan.

La legislación mexicana contempla diversas formas de organización para llevar a cabo la inversión extranjera atendiendo a las características del proyecto en cuestión. En el supuesto que no se pretenda constituir una sociedad, es posible el establecimiento de una oficina de representación (con o sin la facultad de realizar actividades mercantiles en México) o, en su caso, de una sucursal. En este último caso, la sucursal puede ser entendida como un comerciante por la ley mexicana, pudiendo realizar actos de comercio en forma habitual. De igual manera, es posible para los inversores extranjeros suscribir un contrato de *joint venture* con empresas locales, para llevar a cabo su inversión en México.

Tal y como se menciona con anterioridad, los inversores extranjeros pueden constituir sociedades en México con amplia libertad. La legislación mexicana no limita la participación de los extranjeros en sociedades mercantiles constituidas en el país, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las participaciones de extranjeros en sociedades que realicen determinadas actividades reservadas para mexicanos, mencionadas en un apartado anterior.

Los principales tipos societarios en México son la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima. En la actualidad ya no se les exige un capital mínimo tras determinadas modificaciones a las disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Para ambos tipos sociales la ley mexicana exige la concurrencia de al menos dos socios o accionistas, no pudiendo las sociedades de responsabilidad limitada tener más de 50 socios.

Adquisición de inmuebles por extranjeros.

El artículo 27 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos prevé el marco general de la propiedad de los inmuebles en México y, en particular, la fracción I del referido artículo establece lo siguiente:

“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 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 tierras y aguas”.

GARRIGUES

Conforme a dicha disposición, la adquisición de bienes raíces por parte de extranjeros queda sujeta a la celebración de un convenio de renuncia a la protección diplomática de sus gobiernos, conocida como Cláusula Calvo². En todo caso, la misma disposición identifica una zona determinada del territorio mexicano, denominada por la LIE como “zona restringida”, que corresponde a la mencionada en la parte final del párrafo precedente, y en la cual la adquisición de inmuebles se encuentra únicamente permitida para nacionales mexicanos.

Conforme a dicha disposición constitucional, la LIE establece los siguientes principios respecto de la adquisición de inmuebles por parte de extranjeros:

- (a) Los inmuebles ubicados fuera de la zona restringida pueden ser adquiridos por extranjeros siempre que presenten ante la Secretaría de Relaciones Exteriores un escrito que contenga la Cláusula Calvo, y obtengan el permiso correspondiente de parte de dicha Secretaría. Como regla general, se entiende otorgado el permiso si no se publica en el Diario Oficial de la Federación la negativa dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de presentación de la solicitud.

En caso de que se trate de inmuebles que se encuentren en un municipio parcialmente ubicado dentro de la zona restringida, la Secretaría de Relaciones Exteriores debe resolver la solicitud dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de presentación.

- (b) Respecto de inmuebles ubicados en la zona restringida, los extranjeros pueden adquirir derechos sobre los mismos únicamente a través de un fideicomiso autorizado por la Secretaría de Relaciones Exteriores, constituido por una institución de crédito en calidad de fiduciaria, con el objeto de permitir la utilización y aprovechamiento del inmueble sin constituir derechos reales sobre el mismo. Los fideicomisarios de dichos fideicomisos pueden ser tanto sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión de extranjeros y con la Cláusula Calvo incorporada en sus estatutos, respecto de inmuebles con fines residenciales en la zona restringida, o bien personas físicas o jurídicas extranjeras.

La duración de esta clase de fideicomisos es de cincuenta años, plazo prorrogable a solicitud del interesado.

En forma consistente con las demás disposiciones de la LIE, la solicitud de permisos para la constitución de los fideicomisos debe resolverse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su presentación ante la unidad administrativa central competente o, en su caso, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a su presentación en las delegaciones estatales de dicha dependencia. Finalizados dichos plazos sin que se haya emitido resolución, la solicitud debe entenderse por aprobada.

- (c) En el caso de sociedades con participación de extranjeros (o que no contengan en sus estatutos la cláusula de exclusión de extranjeros), la adquisición es libre en la medida en que hayan celebrado un convenio con la Cláusula Calvo. En el caso de inmuebles ubicados en la zona protegida, si la sociedad cuenta con la Cláusula Calvo incorporada en sus estatutos, (i) puede adquirir libremente inmuebles con fines no residenciales, debiendo dar aviso de la adquisición a la Secretaría de Relaciones Exteriores dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes a la adquisición, y (ii) sólo pueden adquirir derechos sobre inmuebles destinados a fines residenciales bajo la forma del fideicomiso a que se refiere el apartado (b) precedente.

² http://www.mexicodiplomatico.org/principios_politica_exterior_mexico/indice_principios_politica_exterior.html.

Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones.

México ha suscrito varios acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (en adelante, los "APPRI"), incluyendo con el Reino de España (10 de octubre de 2006).

Los APPRI tienen por objeto favorecer los flujos de capital entre los países contratantes y brindar seguridad jurídica a las inversiones entre dichos estados. Los APPRI con el fin de cumplir el referido objeto contemplan una serie de principios tendentes a asegurar la protección de las inversiones en el territorio de cualquiera de las partes firmantes.

Los principios consagrados por los APPRI son los siguientes:

- (a) Trato a las inversiones efectuadas por inversores del otro país contratante no menos favorable que el otorgado a los inversores nacionales.
- (b) Nivel básico de trato a las inversiones provenientes de los países contratantes de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, incluyendo un trato justo, protección y seguridad plena.
- (c) Protección frente a la nacionalización o expropiación de inversiones, en forma directa o indirecta, salvo por causas de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias, conforme al principio de legalidad y mediante el pago de una indemnización justa, según se establece en el APPRI.
- (d) Trato equitativo, semejante al otorgado a inversores nacionales o extranjeros, en el caso de pérdida de las inversiones en un país con motivo de guerras, conflictos armados, estados de emergencia nacional, rebeliones u otras circunstancias similares.
- (e) Garantía que las transferencias relacionadas con las inversiones efectuadas en los países contratantes podrán realizarse libremente y sin demora, en moneda de libre convertibilidad y de acuerdo con el tipo de cambio de mercado. Lo anterior reconoce como limitaciones tanto el derecho interno de los países contratantes, como la posibilidad de éstos de restringir las transferencias internacionales fundado en desequilibrios fundamentales de su balanza de pagos, en ambos casos en términos equitativos y no discriminatorios.
- (f) Derecho de los países contratantes a subrogarse en los derechos de sus nacionales, en el caso de haber hecho pagos por garantías financieras otorgadas a éstos, a fin de mitigar riesgos no comerciales en relación con inversiones efectuadas en el otro país contratante.

Adicionalmente, los APPRI generalmente establecen un sistema de resolución de controversias entre los países contratantes, así como entre los inversores de cada país y el estado correspondiente al otro país, las cuales pueden someterse a arbitraje internacional.

Acuerdos y tratados comerciales.

México es un país que cuenta con una significativa red de tratados de libre comercio, que le permiten a sus productos alcanzar un mercado potencial de más de 1.000 millones de consumidores, ya que en la actualidad es parte de doce (12) acuerdos comerciales (de los cuales once (11) están activos) que dan acceso preferencial a mercados de hasta cuarenta y tres (43) países.

Cabe destacar que, como parte del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante, "TLCAN") desde 1994, México ingresó en un esquema de regionalismo abierto, que consiste en la eliminación paulatina de los derechos arancelarios sobre las importaciones. En la actualidad, una tercera parte del comercio del continente americano corresponde al TLCAN.

México ha celebrado también acuerdos de complementación económica con prácticamente todos los países iberoamericanos, además de formar parte de otros mecanismos de integración, de la Organización Mundial de Comercio (OMC), de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), la Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe (CEPAL), el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), del Mecanismo de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), la Organización de Estados Americanos (OEA), la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) y el Sistema Económico Latinoamericano (SELA).