



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública,
bajo acuerdo número 974181 de fecha 15 de julio de 1997

Efectos impositivos en materia de impuesto sobre la renta para
inversionistas del extranjero participando en el desarrollo de bienes
inmuebles ubicados en territorio nacional.

Tesis que para obtener el grado de

Maestro en Derecho Fiscal

Sustenta Gustavo Olaf Salazar Márquez

Director de la Tesis

Maestro Raúl Bolaños Vital

México, 2017

AGRADECIMIENTOS

A Dios por su infinita bondad de la cual he recibido a cada momento inexplicables milagros

A mis amados esposa Aidee e hijos Emiliano y Pablo: por quienes cada día trato de ser un guerrero incansable

A mi madre Sol por su incansable apoyo; hermano Rafa por luchar juntos y padre Rafael por su apoyo

A mis padrinos Fer y Lulú que fueron pilar en mi formación

A la Universidad Panamericana en donde recibí de sus catedráticos inspiración y guía en el camino hacia la Maestría en todas sus concepciones

Maestro Raúl Bolaños: Hubo un momento en el que creí que ya no podía más y estaba a punto de abandonar mi titulación, pero usted estuvo pendiente de mí y me ayudó a progresar en las áreas en las que tenía dificultades. Eternamente le agradeceré porque por usted fue posible que me gradúe

A mi cuñada Nancy por el apoyo que me dio para poder completar esta tesis

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	5
II. OBJETIVO	6
• ALCANCE	6
III. MARCO CONCEPTUAL	7
• TIPOS DE INVERSIONISTAS EXTRANJEROS	7
• LEYES QUE RESULTAN APLICABLES Y RESTRICCIONES A EXTRANJEROS INVIRTIENDO EN MÉXICO.....	8
IV. MARCO LEGAL CORPORATIVO.....	41
• TIPOS DE VEHÍCULOS DE INVERSIÓN PARA EXTRANJEROS	61
I SOCIEDADES MERCANTILES.....	61
II ENTIDADES TRANSPARENTES MEXICANAS Y EXTRANJERAS AUTORIZADAS EN MÉXICO	64
III ENTIDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO AUTORIZADAS EN MÉXICO.....	114
IV AUTORIZACIONES Y RESTRICCIONES PARA EXTRANJEROS PARTICIPANDO EN VEHÍCULOS DE INVERSIÓN MEXICANOS	116
• MODALIDADES JURÍDICAS APLICABLES A LA DESINVERSIÓN	116
I REEMBOLSOS DE CAPITAL	116
II DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES	127
V. MARCO FISCAL	129
• EXENCIÓN APLICABLE A FONDOS DE PENSIONES Y JUBILACIONES DEL EXTRANJERO.....	130
• PERSONAS MORALES MEXICANAS	136
I ASPECTOS FISCALES GENERALES, ASÍ COMO VENTAJAS DE OPERAR A TRAVÉS DE ENTIDADES Y FIDEICOMISOS CONSTITUIDOS CONFORME A LAS LEYES MEXICANAS.....	136
• RESIDENTES EN EL EXTRANJERO CON ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN MÉXICO	140
II ASPECTOS FISCALES GENERALES, ASÍ COMO VENTAJAS DE OPERAR A TRAVÉS DE ENTIDADES Y FIDEICOMISOS CONSTITUIDOS EN EL EXTRANJERO	140
VI. CONCLUSIONES.....	149
VII. BIBLIOGRAFÍA	161

Un buen abogado es, casi siempre, una persona que sabe comunicar con eficacia lo que piensa. Y esa comunicación abarca no solo a sus colegas de profesión, sino a cualquier persona con la que se relacione.

Si uno estudia una maestría o un doctorado, es probable que lo haga en una rama concreta, de tal forma que ese será el tiempo de su formación en que podrá desarrollar a fondo la especialización de la que hablamos.

Cartas a un estudiante de Derecho
Miguel Carbonell

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los más grandes retos que el entorno económico y financiero global ha expuesto durante los últimos 30 años a los inversionistas, tanto del sector privado (individuos o corporaciones) como del sector público, ha sido sin duda la identificación y composición de un portafolio de inversión a partir del cual se administren y preferentemente se maximicen los recursos financieros con que los inversionistas cuenten.

Es importante advertir que, tratándose de la composición de un portafolio de inversión, uno de los elementos más importantes, es la determinación del grado de riesgo en que se incurre respecto de las inversiones que se realicen.

A este respecto, el segmento de inversión en bienes raíces, en términos generales, se ha caracterizado por tener un bajo riesgo, ya que no presenta el fenómeno de la volatilidad que sí ocurre en otro tipo de inversiones, tales como operaciones bursátiles de compra y venta de títulos accionarios. Lo anterior se logra soportar con los índices disponibles que sobre el tema se tienen, incluso considerando crisis inmobiliarias, tal como la ocurrida durante los años 2008/2009 en los Estados Unidos de América y que a la fecha ha sido superada.

Resulta relevante considerar que las inversiones en bienes raíces, históricamente han ofrecido rendimientos importantes a los participantes en este mercado, siendo dichos rendimientos en algunas ocasiones de doble dígito, rango difícil de alcanzar tratándose de portafolios de otros tipos de inversiones.

Ahora bien, toda vez que el segmento de inversión inmobiliario es extenso en diversas vertientes, en materia de inversionistas se tiene una colección variada sobre la cual puede realizarse un análisis de la misma clase y alcance que se plantea en el presente trabajo de investigación, se hace mención expresa de que el presente estudio se habrá de enfocar al análisis de “inversionistas no residentes en México”, que específicamente califican como “fondos de pensiones y jubilaciones constituidos por gobiernos y organismos del extranjero”. A mayor abundamiento, me enfocaré a fondos de pensiones y jubilaciones del extranjero, cuya preferencia es invertir a través de entidades constituidas en el extranjero, así como a través de figuras transparentes, como lo puede ser un fideicomiso.

II.OBJETIVO

El propósito de este trabajo de investigación es dar a conocer el tratamiento fiscal que en lo general resulta aplicable a inversionistas del extranjero respecto de su participación en el mercado inmobiliario en México.

III.ALCANCE

Este trabajo se enfocará en el análisis al tratamiento fiscal que le resulta aplicable a inversionistas del extranjero que califican como “fondos de pensiones y jubilaciones” que, entre otros rubros de inversión, destinan sus capitales a la adquisición y/o desarrollo de bienes inmuebles ubicados en México, con el objetivo de arrendarlos durante cierto periodo y, transcurrido ese plazo, deciden enajenarlos para efectos de recibir el retorno de su inversión.

IV.MARCO CONCEPTUAL

La clase de inversionistas a que me voy a referir, son aquéllos que dentro de la variedad del destino de sus inversiones, se ubica el invertir en proyectos inmobiliarios; definido el término inmuebles, del latín *immobilis*, dicese de bienes raíces, en contraposición de los bienes muebles¹ con periodo de inversión mayor a un año; previendo que el retorno de la inversión, así como la potencial distribución de rendimientos ocurra en un periodo de largo plazo.

- **TIPOS DE INVERSIONISTAS EXTRANJEROS**

- i) Fondos de Pensiones y Jubilaciones del Extranjero***

En el entorno global, se pueden encontrar: i) Fondos de Pensiones constituidos por “maestros” (ejemplo: Texas Teachers Retirement System); ii) por “doctores” y en general profesionales de la medicina (ejemplo: Bavarian Physicians Provisions Scheme); iii) “empleados de dependencias públicas” (ejemplos: 1) California Public Employees Retirement System, que se encuentra incluido dentro de la lista de los diez Fondos de Pensiones Públicos más grandes del mundo; 2) The Government Pension Investment Fund of Japan, que mantenía al cierre del año 2015 activos bajo su administración en cantidad de US\$1,143,838 millones de dólares.²

¹Palomar de Miguel, Juan, Diccionario para Juristas, México, Porrúa, 2003, t.I, p. 834

²Willis Towers Watson, “El patrimonio de los principales fondos de pensiones del mundo alcanza los 15 billones de dólares”, <https://www.towerswatson.com/es-ES/Press/2015/09/Top-global-pension-fund-assets-exceed-15-trillion-US-dollars>

ii) Fondos Soberanos de Inversión de propiedad estatal

Entre los más importantes se encuentra el de Abu Dhabi Investment Authority, con activos con valor aproximado de US\$ 773,000 millones de dólares a junio de 2015³.

iii) Aseguradoras

Como control de los recursos que mantienen y a efecto de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con sus asegurados, mantienen inversiones de bajo riesgo, tales como las de carácter inmobiliario.

iv) Vehículos o dependencias creados por los gobiernos

El motivo por el cual son creados es para administrar inversiones fuera de su país (ejemplo: Qatari Diar Real Estate Investment Company, que es el vehículo constituido por el gobierno de Qatar para invertir los superávits obtenidos por su participación en la industria del petróleo y gas natural)⁴.

- ***LEYES QUE RESULTAN APLICABLES Y RESTRICCIONES A
EXTRANJEROS INVIRTIENDO EN MÉXICO***

Como a cualquier inversionista, tal como a los mexicanos, las personas y entidades corporativas del extranjero se encuentran obligados al cumplimiento de las leyes, de acuerdo al siguiente orden jerárquico:

i) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

³SWF Institute, Fund Rankings, <http://www.swfinstitute.org/fund-rankings/>

⁴ Qatar Investment Authority, Company Profile, <http://www.qataridiar.com/English/WhoWeAre/Pages/Company-Profile.aspx>

Quisiera comenzar con el análisis dogmático que concede la Constitución a un residente en el extranjero.

Se define a un extranjero (del antiguo francés *estrangier*, y éste del latín *extranearius*, de *extraneus*, extraño) que es o viene de otra soberanía. // Natural de una nación con respecto a los naturales de cualquier otra⁵.

El concepto de “extranjero” denota una idea de exclusión frente a los “nacionales”. Dicho de otra manera, la situación de “extranjería” es la contraria a la de “nacionalidad”, lo que en una expresión común, indica que “*quien no es nacional de algún Estado, en relación al mismo, es extranjero*”. Estas aseveraciones tienen su explicación lógica-jurídica, pues si cualquier Estado tiene la potestad de vincular políticamente con su elemento humano -población- al sector mayoritario del mismo -comunidad nacional-, tiene simultáneamente la facultad de segregar de esta comunidad al grupo minoritario que por diversas causas: raciales, históricas, sociales, religiosas, lingüísticas, geográficas, económicas, etc, estime que no debe pertenecer a ella. El alcance y consecuencias de esa segregación han variado en el tiempo y espacio, o sea, históricamente y en lo que concierne a cada Estado en particular, advirtiéndose con toda claridad la tendencia en el mundo contemporáneo de igualar jurídicamente al nacional y al extranjero.

A manera de sinopsis histórica⁶ en materia de extranjeros, es conveniente conocer la situación nacional e internacional que a este respecto se tiene. En la polis griega el extranjero se encontraba en una notoria posición de desigualdad frente al derecho civil y que, tratándose del político, no gozaba de ninguna prerrogativa. En el pensamiento jurídico político del

⁵ op. cit. 1, p. 666.

⁶ Burgoa Orihuela, Ignacio, Derecho constitucional Mexicano, 20°, México, Porrúa, 2014, p.142

mundo de Hélade, el extranjero estaba colocado en una situación de innegable inferioridad frente al ciudadano, careciendo de los más elementales derechos subjetivos en todo tipo de relación social. En Esparta llegó a tratarse al extranjero como un verdadero enemigo, a tal punto que se le impedía la entrada a su territorio para que no corrompiera las austeras y rigurosas costumbres espartanas. Debe recordarse que la clase social de los siervos dentro del Estado espartano, o sea, la de los ilotas, estaba integrada por los descendientes de los extranjeros que pese al mencionado impedimento, habían logrado radicarse en el Peloponeso.

En los primeros tiempos del Estado romano, al extranjero le estaban vedados todos los honores, entre ellos el uso del prenombre y la portación de la toga. Carecía de derechos civiles, sin poder adquirir tampoco la propiedad inmobiliaria que el viejo derecho de los quirites reservaba a los romanos; además no estaba permitido al extranjero otorgar testamento y estaba incapacitado para ser instituido como heredero. La célebre Ley de las Doce Tablas, que fue uno de los primeros ordenamientos de Roma, consideraba al extranjero como “hostis”, es decir como enemigo, excluido de la vida jurídica y política del Estado. Cuando Roma fue ensanchando su dominio territorial mediante el llamado “derecho de conquista” ejercitado en infinidad de campañas militares, y cuando la población del Estado romano fue aumentando con la agregación, aunque no incorporación, de distintas comunidades nacionales que fueron obligadas a reconocer y aceptar su “imperium”, surgió la necesidad de crear un funcionario judicial que administrara justicia entre los extranjeros y el cual se llamó “*pretor pregrinus*”, ya que con anterioridad a su implantación esa importante función la desempeñaba el “*pretor urbanus*”, entre los romanos o las personas pertenecientes a otros pueblos itálicos a los que se había concedido “el derecho de la ciudad”. El “*pretor pregrinus*” no aplicaba a los extranjeros el

derecho civil reservado a los romanos, sino el “*Jus Gentium*” o derecho de gentes. La Constitución de Caracalla, más allá por razones de política fiscal que humanitarias, otorgó a los extranjeros el “derecho de ciudad” pero con el propósito, no de establecer entre ellos y los romanos una verdadera igualdad jurídica, sino para considerarlos sujetos de tributación a favor del Estado. Para tal efecto se les reconoció el derecho de apropiación inmobiliaria y el de testamentifacción activa y pasiva, en cuanto que podían disponer de sus bienes por testamento o recibir otros por herencia. De esta manera se eliminó, o al menos se atemperó marcadamente, el injusto derecho que tenía el Estado romano de apropiarse de los bienes de un extranjero por estar impedido éste para transmitirlos por testamento o por ley a sus parientes o herederos naturales⁷.

Durante la Edad Media, la situación de los extranjeros no sólo no mejoró, sino que se agravó inhumanamente. El individuo a quien se permitía residir dentro de los dominios territoriales del señor feudal carecía de todo derecho frente a éste y a los que no se reputaban como extranjeros.

El extranjero era siervo de la tierra y su dueño ejercía sobre él la potestad de vida o muerte irrestrictivamente. En lo que atañe a la situación de los extranjeros durante el Medioevo debe destacarse, entre los derechos característicos de aquella época, el que se denominaba “de aubana o albinagio”, consistiendo este derecho en que al fallecimiento de un extranjero, todos sus bienes pasaban a poder del señor feudal, pues aquél no podía instituir a ningún heredero ni recibir nada por herencia. Tal derecho se trasladó al rey a consecuencia de la desaparición del régimen feudal y subsistió hasta la Revolución Francesa cuyos postulados filosóficos y

⁷ Ibidem, pp 136, 142, 143, 144, 145.

políticos lo reputaron contrario a los principios de fraternidad que debían unir a todos los hombres independientemente del país del que procediesen y del origen que tuvieran.

En contraparte, la situación de los extranjeros en los reinos españoles medievales no era inhumana y cruel como la que prevalecía en Inglaterra y sobre todo en Francia durante la misma época. “En España, dice Joaquín Escriché, ni se ha impedido ni se impide a los extranjeros naturalizados o no naturalizados, el disponer libremente de sus bienes por contrato entre vivos o por última voluntad, ni tampoco se han confiscado ni se confiscan los bienes de los intestados”.⁸

“La igualdad es un valor y un principio fundamental en todo Estado constitucional y democrático de derecho. Desde que fue lema revolucionario, todas las Constituciones contemplan a la igualdad explícita o implícitamente como uno de sus valores esenciales y como un derecho fundamental”⁹.

En lo concerniente a México, puede afirmarse que el pensamiento jurídico-político que inspiró a los diferentes ordenamientos y proyectos legislativos que se expidieron y elaboraron desde el inicio de la Independencia, siempre reveló una tendencia liberal y hasta generosa a favor de la situación de los extranjeros. De diversos modos y en distintas etapas histórico-jurídicas, esa tendencia se manifestó en el designio de incorporar al extranjero al pueblo mexicano, bajo condiciones susceptibles de satisfacer. Para confirmar esto, es suficiente resaltar las más importantes disposiciones que en materia de extranjería se contienen en diferentes documentos jurídico-

⁸ Ibidem. p.143

⁹ Soberanes Diez José María, La Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, México, Porrúa, 2013, p.73.

políticos que registra la historia constitucional de nuestro país. En casi todos ellos se advierte esa tendencia, así como el espíritu de fraternidad universal que la alienta, pues sólo en casos aislados se vio empañado por una fobia contra lo español que se observó durante los primeros lustros de la vida independiente de México.

Desde los elementos constitucionales elaborados por Ignacio López Rayón, uno de los ideólogos y jefes del movimiento insurgente, se percibe la tendencia de incorporar a los extranjeros a la población de lo que posteriormente sería el Estado mexicano. En este documento se declara que todos los “vecinos de fuera”, que favorecieren la libertad e independencia de la nación, serían recibidos bajo la protección de las leyes. En el artículo 13 de la Constitución de Apatzingán del 14 de octubre de 1814, se extiende la ciudadanía mexicana a todos los nacidos en América, reputándose con dicha calidad, a los extranjeros que profesando la religión católica, apostólica y romana, no se opusieren a la libertad nacional. En la Constitución de marzo de 1812, se consideraron españoles a todos los hombres libres nacidos en los dominios de las Españas y a los hijos de éstos, prescindiendo de su condición racial o de cualquier otra particularidad, consideración que revela una pretendida igualdad jurídica y política de todos los individuos étnica y culturalmente diferentes que formaban una población de suma heterogeneidad diseminada en los vastos territorios de la monarquía española. Es muy importante advertir, que en el Plan de Iguala proclamado por Agustín de Iturbide, se comprendió bajo el nombre de “americanos” no sólo a los nacidos en América sino a los europeos, africanos y asiáticos residentes en ella. A todos ellos, Iturbide dirigió las vehementes exhortaciones contenidas en el famoso Plan de Iguala, lo que indica que en su pensamiento, no anidó ninguna discriminación racial ni distinción entre extranjeros y no extranjeros. A su vez, en el artículo 15 de los Tratados de Córdoba del 24 de agosto de

1821, se otorgaron amplias facilidades a los europeos avecinados en la Nueva España para trasladarse con su fortuna a donde les conviniese o para permanecer en el país. El Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano del 18 de diciembre de 1822 incorporó al pueblo mexicano a todos los habitantes del “imperio”, que hubieren reconocido el Plan de Iguala y la independencia nacional, así como a los extranjeros que arribaran posteriormente al territorio nacional y jurasen fidelidad al “emperador” y a las leyes. En el Acta de la Federación Mexicana del 31 de enero de 1824 se estableció como garantía para todo habitante de la República la de recibir “pronta, completa e imparcial justicia” y la de ser juzgado por tribunales previamente establecidos y conforme a leyes dadas con anterioridad, sin distinción entre mexicanos y extranjeros. Análogas garantías en materia judicial se instituyeron para unos y otros por la Constitución Federal de 1824; el respeto a los derechos del extranjero se reafirmó por las Bases Constitucionales de la República Mexicana del 23 de octubre de 1835, así como por las Siete Leyes Constitucionales o Constitución centralista de 1836. La misma situación del extranjero se reitera en: i) los documentos constitucionales posteriores, tales como el Proyecto de Reformas a la Constitución del 3 de junio de 1840; ii) las Bases Orgánicas de 1843 que además concedían facultad al Presidente de la República para expulsar del país a los extranjeros perniciosos; y iii) el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de fecha 15 de mayo de 1856 que consignó el principio de reciprocidad internacional, en el sentido de que los extranjeros disfrutarían en México de las garantías individuales (hoy conocidas bajo el concepto de derechos humanos) otorgadas a sus nacionales, siempre y cuando éstos las disfrutasen en el país al que aquéllos perteneciesen¹⁰.

¹⁰ Op.cit. 6, p 146.

La Constitución de 1857 expresamente declaró en su artículo 33 que los extranjeros gozaban de las garantías establecidas por el propio ordenamiento, “salvo en todo caso la facultad que el gobierno tiene para expeler al extranjero pernicioso”. No debe soslayarse que si bien la redacción de este artículo, antes de la más reciente reforma de la que fue objeto, permitía al titular del Ejecutivo expulsar a extranjeros, después de la reforma al mismo, ahora señala que “El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención”; este cambio a la Ley es un paso que reafirma la intención del ordenamiento jurídico mexicano a que, más allá de continuar con la tradición de bienvenida al extranjero a territorio nacional, otorga al extranjero certeza jurídica durante su estancia en el país e incluso previniendo cualquier intento de injusticia al pretender expulsarlo del mismo.

El método de exclusión para demarcar jurídicamente la situación de extranjería lo consigna, nuestra Constitución, en cuyo artículo 33 se establece que “Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30”... Ahora bien, el extranjero, es decir, el individuo que no sea mexicano por nacimiento o naturalización, puede tener dentro del orden jurídico de México distintas calidades que, atendiendo a diversos factores, se establecen y regulan por la legislación federal ordinaria y cuyo estudio rebasa los límites y ordenes temáticos del Derecho Constitucional para incidir en el campo de actuación del Derecho Administrativo.

El sistema jurídico proclama y garantiza el principio de equidad de trato a nacionales y extranjeros.¹¹

¹¹Cárdenas González, Fernando Antonio, *Inversión Extranjera. Inmuebles – Extranjeros – Sociedades* –, Porrúa, México, 2013, p 9.

Realizando una revisión más detallada en cuanto a la situación constitucional de los extranjeros; dentro del Estado mexicano, todo extranjero, independientemente de su condición migratoria, es titular de las garantías constitucionales, casi con la misma amplitud como lo son aquéllas de las que son titulares los mexicanos. Esa titularidad se declara en los artículos primero y 33 de la Constitución, cuyo ordenamiento, a la par de los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, es la ley suprema y fundamental de México, y es el único que con validez jurídica puede restringir o vedar a los extranjeros el goce y disfrute de los derechos públicos subjetivos inherentes a dichas garantías. De los principios de supremacía y de fundamentalidad de la Constitución, se infiere la conclusión de que ninguna ley secundaria puede imponer restricciones o prohibiciones a los extranjeros que fuera del ámbito normativo constitucional hagan nugatorio, por parte de éstos, el ejercicio de los mencionados derechos. De esta consideración también se deduce que la situación constitucional de los extranjeros en México en cuanto a las prohibiciones a que están afectos, se demarca por exclusión, frente a la posición que dentro de la Constitución ocupan los nacionales. Por ende, puede establecerse la regla general a este respecto de que en todas aquéllas hipótesis en que para adquirir un derecho o ejercer una actividad, el ordenamiento constitucional exija la calidad de mexicano, el extranjero adolece de la incapacidad jurídica correlativa, misma que mediante el método excluyente que se ha mencionado, se especifica en los supuestos que se refieren al tema concerniente a las prerrogativas de los mexicanos.

Por lo que atañe a las obligaciones de los extranjeros, la Constitución no contiene ningún ordenamiento como lo establece tratándose de los mexicanos en su artículo 31. Sin embargo, esta omisión no implica que el Congreso de la Unión, en el desempeño de sus facultades legislativas en

materia de extranjería (artículo. 73 fracción XVI de la Constitución), no pueda decretar tales obligaciones, posibilidad que sólo está condicionada a que éstas no se opongan o hagan nugatorias las garantías constitucionales que se extienden a favor de todo extranjero. Sobra decir que diversas leyes federales, entre ellas primordialmente la de Nacionalidad, imponen diversas obligaciones a los extranjeros y cuyo examen excedería de la temática de este documento de investigación, destacándose entre ellas la concerniente a la tributación para los gastos públicos. Debe advertirse que la obligación tributaria a cargo de los extranjeros está supeditada a la satisfacción de los requisitos constitucionales de legalidad, equidad y proporcionalidad.

La estancia del extranjero en México está subordinada al Presidente de la República quien, *previa audiencia*, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención (artículo 33 constitucional). Asimismo, los extranjeros están sujetos a la garantía de la motivación legal que consagra el artículo 16 constitucional, en el sentido de que el Ejecutivo de la Unión debe basar la estimación sobre la inconveniencia de que aquéllos permanezcan en el país, en: i) datos, ii) hechos o iii) circunstancias, objetivos reales o trascendentes que la justifiquen; factores todos que deben ser apreciados prudente y racionalmente por el Ejecutivo de la Unión. Por ende, la facultad presidencial no debe considerarse como potestad arbitraria, sino como una atribución que debe ejercitarse con criterio lógico orientado hacia la preservación de los valores e intereses humanos, morales, sociales o económicos del pueblo de México, que se vean amenazados o en peligro por actuaciones de los extranjeros.

Resulta notorio destacar que aun cuando en una redacción previa del artículo 33 constitucional se manifestaba que “...el Ejecutivo de la Unión

tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional inmediatamente y sin necesidad de juicio previo a...””, siempre se ha respetado que contra la resolución del Ejecutivo de la Unión de hacer abandonar al extranjero el territorio nacional, proceda el recurso de revocación.

“Estos instrumentos contienen disposiciones que se refieren a las garantías de legalidad de los actos de autoridad y el derecho o no a ser oído en juicio. De manera reiterativa establecen que los actos de autoridad que pudieran afectar a algún individuo deben estar de acuerdo con la ley, es decir, no pueden ser arbitrarios”¹².

Además el artículo 33 en cita, no excluye la procedencia de la acción de amparo contra los acuerdos presidenciales expulsorios. La Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustentó en el año de 1948 el criterio¹³ de que el artículo referido no consagra una potestad irrestricta a favor del Ejecutivo Federal en lo que toca a la expulsión de extranjeros, sino que instituye una facultad discrecional que, como tal, debe respetar la garantía de motivación legal establecida en el artículo 16 del ordenamiento en comento.

La ejecutoria correspondiente, pronunciada con apoyo en la ponencia que elaboró el Ministro Teófilo Olea y Leyva, asienta en su parte conducente que “...el artículo primero de la Constitución Federal, establece la protección de ésta para todo individuo, esto es, para mexicanos y extranjeros, sin distinción de ninguna naturaleza”. Igualmente previene que las garantías que otorga no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las

¹² Corcuera Cabezut, Santiago, Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos, México, Oxford University Press, 2002, p.212

¹³ Op.cit. 6, p.141

condiciones que la misma Constitución señala. Los artículos 103, fracción I y 107, que regulan el juicio de amparo, no hacen distinción alguna sobre los individuos o personas a quienes alcanza esa protección. Por tanto, si el artículo 33, párrafo segundo de la Constitución faculta al Ejecutivo de la Unión, en forma exclusiva, para hacer abandonar el territorio nacional inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente, no inhibe a dicho alto funcionario de la obligación que tiene, como toda autoridad en el país, de fundar y motivar la causa legal de su procedimiento, por la molestia que causa la deportación, ya que esta garantía queda establecida en el artículo 16 de la propia Ley Suprema.

Más aún, el extranjero está legitimado para promover el juicio de amparo contra el acuerdo o decreto presidencial de expulsión, en cuya demanda pueden invocarse hipotéticamente como violadas, todas las garantías del gobernado con excepción de la de audiencia, la cual, como se ha dicho, no condiciona dicho acto de autoridad.

Es claro que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) otorga protección a los extranjeros y éstos por su parte además de estar sujetos a las leyes de sus países, es posible que de tiempo en tiempo pretendan aplicar disposiciones contenidas en Tratados Internacionales de los cuales el Estado Mexicano y su país de origen sean parte.

Las distintas jurisdicciones de nuestro sistema jurídico se encuentran establecidas en la CPEUM.¹⁴

¹⁴ op. cit. 11, p 3.

La jerarquía de leyes de acuerdo con el ordenamiento jurídico mexicano, partiendo del criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señala que el rango normativo de las leyes en nuestro país es: en primer lugar, la CPEUM y los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos; inmediatamente debajo de ésta se encuentran tanto las leyes federales y los demás Tratados Internacionales celebrados por el Presidente de la República (titular del Poder Ejecutivo Federal) con la aprobación del Senado.

Por lo que hace a la jerarquía de las Leyes reconocidas en nuestro marco de derecho, existen diversas tesis jurisprudenciales, entre otras, las que hacen referencia al Control de Regularidad Constitucional.¹⁵

¹⁵ **DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.**

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.

La idea de que la Constitución es una norma jurídica que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico ha sido aparejada tanto en la tradición norteamericana como en la europea de la noción de control constitucional. Si la constitución es la norma suprema, deben existir mecanismos que hagan efectiva esta posición, bien sea mediante la inaplicación o por anulación de la norma inferior.

Concepto de jurisprudencia.

“La jurisprudencia es una fuente formal del derecho. No hay duda en la doctrina actual sobre eso. Puede decirse que hoy en día la jurisprudencia tiene una importancia capital en cualquier sistema jurídico”¹⁶.

CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de septiembre de 2013. Mayoría de diez votos de los Ministros: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien se reservó su derecho a formular un voto concurrente; Margarita Beatriz Luna Ramos, quien se manifestó a favor de las consideraciones relacionadas con la prevalencia de la Constitución y se apartó del resto; José Fernando Franco González Salas, quien indicó que formularía un voto concurrente; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien manifestó que haría un voto aclaratorio y concurrente para explicar el consenso al que se llegó y el sentido de su voto a pesar de que en los límites tuvo un criterio distinto; Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien se reservó el derecho de formular el voto concurrente; Luis María Aguilar Morales, con reservas respecto de las consideraciones y, en su caso, realizaría un voto concurrente; Sergio A. Valls Hernández, reservándose el derecho de hacer un voto concurrente; Olga Sánchez Cordero de García Villegas, reservándose su derecho a voto concurrente en relación con los límites; Alberto Pérez Dayán, quien se manifestó a favor del reconocimiento de la prevalencia constitucional y Juan N. Silva Meza, quien se reservó su derecho de formular voto concurrente para aclarar su posición de entendimiento constitucional del texto propuesto y, a reserva de ver el engrose, aclararía u opinaría sobre las supresiones que se pretenden hacer, sin variar su posición en el sentido; votó en contra: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

¹⁶ Op.cit. 9, p.73

“En todo el mundo, el concepto jurisprudencia o precedente judicial se refiere a la interpretación que realizan los jueces al resolver un caso, y queda plasmada en la sentencia correspondiente”¹⁷.

En México, el peso de la jurisprudencia es una mezcla entre el sistema jurídico basado en el Derecho Romano y el Sistema Jurídico Anglosajón. Por lo general al igual que en otros sistemas jurídicos basados en el Derecho Romano, la jurisprudencia no es obligatoria. Sin embargo si una interpretación es reiterada por la Suprema Corte o por los Circuitos Colegiados de Distrito en cinco casos ininterrumpidos, se establece una presunción de validez y se genera una jurisprudencia obligatoria. Esta jurisprudencia es obligatoria en el tribunal que la estableció y en todos los tribunales inferiores federales y en los tribunales estatales. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, también puede emitir tesis sobresalientes con valor persuasivo pero que no son obligatorias en tribunales inferiores.

Actualmente se habla de jurisprudencia en el sentido de doctrina, como modo de interpretar y aplicar una regla de derecho, e incluso de forma más restringida se designa al conjunto de criterios, de interpretación y de decisión, establecidos por los tribunales de justicia competentes para emitirla. En suma, la jurisprudencia, es la doctrina que establecen los tribunales al interpretar y aplicar las normas jurídicas.¹⁸

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de Mayo de 1969, establece en su artículo 26 que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” y no solo eso sino que,

¹⁷ Ibidem, p.122

¹⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, México, Porrúa: UNAM, 2011, vol. 3, p.2236.

además, contempla expresamente la posibilidad de contradicción del tratado con las normas internas del país de que se trate, y resuelve la cuestión de manera tajante en favor de la primacía incondicional de los tratados en cuanto que ninguna de las partes podrá “invocar las disposiciones de Derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado”.

De ello se desprende que, para los países adheridos a la Convención de Viena – y entre ellos se cuentan tanto España como México (que la ratificó en 1974)-, cualquier Tratado que celebren es *vinculante en términos de derecho internacional*, incluso en el caso de que sea contrario a la Constitución del Estado de que se trate y así lo declare su Tribunal Constitucional o el órgano de la constitucionalidad de que se trate, pues no es admisible la invocación de “disposiciones de derecho interno” y entre ellas se encuentra la propia Constitución, obvio es decirlo”.¹⁹

La jurisprudencia no solo puede considerarse como interpretación obligatoria de la ley, sino que también puede ser la interpretación de la constitucionalidad de esta última y, por tanto, puede ser el sustento de la validez o invalidez de una ley²⁰.

El artículo 73 fracción XVI de la CPEUM otorga al Congreso de la Unión la facultad para legislar en relación a la condición jurídica de los extranjeros, entendiendo por este concepto el conjunto de derechos y deberes públicos y privados que tienen las personas físicas y morales extranjeras en México, esto es, regular el Derecho de Extranjería o Jurisdicción sobre Extranjeros. En este sentido, corresponde a la competencia de la Jurisdicción Federal y no a la Jurisdicción Local, legislar respecto a la condición jurídica

¹⁹Del Rosario Rodríguez, Marcos, *Supremacía Constitucional*, México, Porrúa, 2009, p.14.

²⁰ Op. cit. 9, p.79

de los extranjeros, aun y cuando se trate de materias reservadas a los Estados y al Gobierno de la Ciudad de México. Este criterio ha sido confirmado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en tesis jurisprudenciales²¹:

A contrario sensu los tratados que no estén acordes con la CPEUM no puede tener el carácter de ley suprema.²²

“Después de junio de 2011.

Primer: En caso de conflicto entre el tratado y la Constitución debemos distinguir si el tratado es o no de derechos humanos y si lo es, tiene la misma jerarquía normativa que la Constitución y de existir diferencias entre ambos

²¹ **“EXTRANJEROS, FACULTADES DEL CONGRESO DE LA UNION PARA LEGISLAR SOBRE LA CONDICION JURIDICA DE LOS.**

Los artículos 73, fracción XVI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 50 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización, no limitan la facultad legislativa del Congreso de la Unión a los derechos públicos de los extranjeros, sino que también comprenden los derechos privados, puesto que ambos preceptos legales reservan en exclusiva al Congreso de la Unión la facultad de legislar en materia de condición jurídica de los extranjeros y el de modificar o restringir los derechos civiles de que gozan éstos.

Séptima Época, Primera Parte:

Volumen 52, página 42. Amparo en revisión 6044/71. Emory Frank Tanos. 10 de abril 1973. Unanimidad de dieciocho votos. Ponente: Ramón Canedo Aldrete.

Volumen 54, página 25. Amparo en revisión 3136/72. Herman Matthew Van Dan Hengel y coagraviados. 19 de junio 1973. Unanimidad de diecinueve votos. Ponente: Alberto Jiménez Castro.

Volumen 55, página 32. Amparo en revisión 1695/72. Barry R. Epstein. 24 de julio de 1973. Unanimidad de diecisiete votos. Ponente: Jorge Iñárritu.

Volumen 56, página 25. Amparo en revisión 2183/72. Francisca Ochoa de Arredondo y coagraviados (acumulados). 9 de agosto de 1973. Unanimidad de diecisiete votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

Volumen 58, página 23. Amparo en revisión 106/72. David S. Cohen. 16 de octubre de 1973. Unanimidad de diecisiete votos. Ponente: Mario G. Rebolledo.”

²² Arellano García, Carlos, *Derecho Internacional Privado*, México, Porrúa, 2011, p. 192.

prevalecerá la norma que más se acerque al principio *pro persona*. Si es tratado no es de derechos humanos, la primacía la tiene la Constitución conforme a las tesis de la Corte señaladas las cuales sí tienen aplicación para esta clase de tratados”.²³

ii) Código Civil Federal

El Código Civil Federal en su artículo 12 establece la igualdad de aplicación de las leyes mexicanas para nacionales y extranjeros.

La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, funcionamiento, transformación, disolución, liquidación y fusión de las personas morales extranjeras de naturaleza privada, se regirán por el derecho de su constitución, es decir, aquél del Estado en que se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas morales extranjeras.

En ningún caso el reconocimiento de la capacidad de una persona moral extranjera excederá a la que le otorgue el derecho conforme al cual se constituyó.

Es importante mencionar que la legislación mexicana rige a todas las personas físicas y morales que se encuentren en el país, así como los actos y hechos que ocurran en el país o en su jurisdicción y aquéllos que se sometan a sus leyes, salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte.

Cabe señalar que en tratándose de la determinación del derecho aplicable para entidades constituidas en el extranjero, la legislación civil

²³ op. cit. 11, p. 59.

mexicana reconoce que las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado extranjero, deberán ser reconocidas conforme a su derecho.

De manera consecuente, en la legislación civil mexicana se reconoce que la forma de los actos jurídicos será regida por el derecho del lugar en que se celebren.

En la aplicación del derecho extranjero, éste se aplicará como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez mexicano podrá allegarse de la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho, aplicable al caso particular ocurrido en relación con los actos o actividades que personas físicas y morales del extranjero realicen en México.

Resulta necesario reconocer que con independencia de que una persona moral haya sido constituida conforme a la legislación de un Estado extranjero, no es posible dejar de lado que las actividades jurídicas y económicas se hayan realizado en el país, en este caso cuando se tienen personas morales constituidas en el extranjero realizando actividades de negocios en México, es posible que diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por legislación de diversos países, éstas serán aplicadas armónicamente, con objeto de cumplir los objetivos deseados en el espíritu de las leyes de los distintos Estados involucrados. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto.

Si bien es cierto que por un lado la legislación civil mexicana respeta la legislación de Estados extranjeros en tratándose de entidades o personas morales constituidas conforme a leyes del extranjero, no es posible dejar de advertir que existen casos en los cuales nuestra legislación no acepta aplicar

el derecho extranjero, siendo esos casos los siguientes: a) Cuando artificialmente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, caso en el cual en la Resolución de la controversia, el juez que conozca de la causa habrá de determinar la intención fraudulenta de la pretendida evasión; y b) Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales aceptados y reconocidos por el orden jurídico mexicano.

iii) Ley de Inversión Extranjera

En este contexto, señalo un punto que cobra especial interés, pues de aquí o de allá se oyen declaraciones que ya no solo propagan desconcierto y asombro, sino también incredulidad.

En la carta se establece que ningún Estado estará obligado a acordar un “tratamiento preferencial” a la inversión extranjera. Esto equivale a decir, que un inversionista extranjero no podría reclamar una situación jurídica más favorable que aquella reconocida a los nacionales de su país de residencia. Y ello por la simple razón de que en la medida que el Estado se viera obligado a observar con respecto a los extranjeros un tratamiento preferencial en comparación con el reservado a sus connacionales, dejaría de estar gozando del ejercicio de su soberanía.

Es cierto que esta concepción no es fácil que encuentre una acogida favorable entre los países industrializados con economía de mercado que aferrándose, en una u otra forma, a la tesis del internacional *minimum standard*.

Dicho *minimum standard* debería acordar una situación jurídica privilegiada al extranjero, cuando la situación reservada a los nacionales por

el derecho interno permaneciese por debajo de ciertas reglas o principios que estarían de alguna manera consagrados por el derecho internacional.

Sin embargo, y por más que se siga arguyendo la validez de dicha tesis –Estados Unidos la avanzó en repetidas ocasiones en el seno de la Comisión de Reclamaciones México – Estados Unidos de 1923-, los análisis más serios sobre esta doctrina, como lo es el de Andreas R., demuestra que existe una gran ambigüedad y múltiples contradicciones en esos llamados estándares internacionales, y que por lo demás han revelado una gran imprecisión en el contenido mismo de sus postulados.

“En el célebre Caso de la Barcelona Traction, el juez mexicano Luis Padilla Nervo, en su opinión, sostenía que las inversiones privadas serían alentadas en la medida en que los Estados que las reciben puedan tener la certeza que el Estado nacional del inversionista no hará un uso indebido del pretendido derecho de protección diplomática como un pretexto para ejercer presiones políticas o económicas peligrosas para la soberanía y la independencia de los Estados menos poderosos o menos desarrollados”²⁴.

La historia de la responsabilidad de los Estados, en materia de tratamiento de extranjeros, seguía diciendo Padilla Nervo, es una historia de abusos, injerencias ilegales en los órdenes nacionales de los países débiles, de reclamaciones injustificadas, amenazas e incluso agresiones militares bajo la cobertura del ejercicio de derechos de protección y de sanciones impuestas para obligar a un gobierno a otorgar las reparaciones demandadas.

Los países latino - americanos, no han cesado de hacer de la Cláusula Calvo uno de sus principales “caballo de batalla” y buen número de entre

²⁴ Gómez Robledo Verduzco, Alonso, Temas Selectos de Derecho Internacional, 4º, México, UNAM, 2003, p.541

estos, la han consignado como una obligación de derecho constitucional; así la encontramos referida en el artículo 27 fracción I de nuestra CPEUM; en el artículo 19 de la Constitución de Honduras: en el artículo 17 de la Constitución de Perú, etcétera.

No es el momento ni me atrevería a ello, de hacer un análisis medianamente exhaustivo de la historia, vicisitudes y pormenores de la doctrina de la Cláusula Calvo, que por lo demás ha sido magistralmente examinada por el maestro Cesar Sepúlveda desde su tesis del año de 1944 y a todo lo largo de las ediciones de su importante Manual de Derecho Internacional.

Sin embargo, en casos límites como los varios sometidos a la Comisión General de Reclamaciones México - Estados Unidos, la Cláusula Calvo puede desempeñar un determinado papel no tanto en cuanto tal, sino accesoriamente, para constituir una excepción, o al menos un atenuante al ejercicio de la protección diplomática.

De esta suerte, no respetar una cláusula de tal naturaleza por la persona privada que se presume lesionada en los términos de su contrato de inversión, puede servir de elemento de prueba para demostrar que dicho inversionista no tenía, como dice la doctrina francesa, las manos limpias”.²⁵

El objeto de la LIE es la determinación de reglas para canalizar la inversión extranjera hacia el país y propiciar su ordenamiento.

Al amparo de esta Ley, a los extranjeros (personas físicas y morales) les es permitido participar en cualquier proporción en el capital social de sociedades mexicanas, adquirir activos fijos, ingresar a nuevos campos de

²⁵ Ibidem, pp 542.

actividad económica, abrir y operar establecimientos, y ampliar o relocalizar los ya existentes (sujeto a ciertas excepciones).

Esta igualdad de trato proclamada por México, está fundada en la teoría del jurisconsulto argentino Dr. Carlos Calvo, quien condenó la intervención diplomática o armada como medio legítimo, no solamente para cobrar las deudas públicas, sino también para hacer valer toda clase de reclamaciones privadas, de orden pecuniario, fundadas en algún contrato o como resultado de la insurrección o del furor popular.²⁶

Los principios aquí contenidos fueron designados con el nombre de “Doctrina Calvo” la cual ha sido adoptada por varias naciones y ha tenido gran alcance por lo que se refiere a la responsabilidad de los Estados y a la situación jurídica de los extranjeros. La Doctrina Calvo dio origen en México a la llamada “Cláusula Calvo”, que establece para los extranjeros la obligación de considerarse como mexicanos y de no recurrir a la protección de sus gobiernos en las operaciones que realicen en la adquisición de bienes raíces. México incluyó el sentido de esta Cláusula en el párrafo décimo, fracción I del artículo 27 Constitucional.²⁷

A través de ella se regula la situación jurídica de los extranjeros frente al Estado con relación a la adquisición del dominio de tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación y exploración de minas y aguas.

“...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**

²⁶ Ramos Garza, Oscar, México ante la Inversión Extranjera – Legislación, Políticas y Prácticas, México, 1971, p. 15.

²⁷ op.cit. 11, pp. 12-15.

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...”

La inversión extranjera se manifiesta principalmente en adquisición de bienes raíces, en la suscripción y pago del capital social de sociedades mexicanas y por los derechos que se adquieren en los contratos de fideicomiso. Por esa razón el Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras (en adelante RNIE), incluye una cláusula similar a la Cláusula Calvo a efecto de que las sociedades mexicanas que tengan o puedan tener accionistas o socios extranjeros, la incluyan en sus estatuto social.

La Cláusula Calvo es el convenio que los extranjeros deben celebrar en el gobierno mexicano a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) antes de realizar cualquier inversión en nuestro país, mediante la cual se aceptan como mexicanos y convienen no invocar la protección de sus gobiernos (la denominada protección diplomática), bajo la pena en caso de faltar a lo pactado, de perder los bienes o inversiones adquiridas en beneficio de la nación.²⁸

La Cláusula Calvo podrá convenirse directamente por el extranjero, o bien, a través de apoderado, sólo si cuenta con poder especial o general para actos de dominio que reúna los requisitos de ley. Tratándose de poderes especiales, es decir aquellos que se otorgan para uno o varios asuntos,

²⁸Robles Farías, Diego, *La Inversión Extranjera en México*, México, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 117.

necesariamente debe incluir la facultad especial para hacer la renuncia constitucional mencionada.

Los actos, convenios, pactos sociales o estatutarios que resulten contrarios a la disposición constitucional en comento, representan nulidad absoluta, por ir en contra de una norma constitucional que salvaguarda la “soberanía nacional”.

En el caso de que se simulen operaciones con el propósito de permitir a personas físicas y morales extranjeras, así como a sociedades mexicanas con cláusula de admisión de extranjeros –inmuebles residenciales- el goce o la disposición de bienes inmuebles en la zona restringida, se sancionará al infractor con una multa hasta por el importe del valor del negocio, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que corresponda, tanto para el extranjero como para el fedatario infractor. Además la Secretaría de Economía (SE) podrá declarar la nulidad del acto por ser contrario a lo establecido en la ley y, como consecuencia, no surtirá efectos legales entre las partes ni se podrá hacer valer frente a terceros.

El fundamento de estas sanciones se encuentra en los artículos 37 y 38 fracción V de la LIE²⁹.

²⁹ “Artículo 37. -Cuando se trate de actos efectuados en contravención a las disposiciones de esta Ley, la Secretaría podrá revocar las autorizaciones otorgadas.

Los actos, convenios o pactos sociales y estatutarios declarados nulos por la Secretaría, por ser contrarios a lo establecido en esta Ley, no surtirán efectos entre las partes ni se podrán hacer valer frente a terceros.

Artículo 38.- Las infracciones a lo establecido en esta Ley y sus disposiciones reglamentarias, se sancionarán de acuerdo a lo siguiente:

....

V. En caso de simulación de actos con el propósito de permitir el goce o la disposición de bienes inmuebles en la zona restringida a personas físicas o morales extranjeras o a sociedades mexicanas que no tengan cláusula de exclusión de extranjeros, en contravención a lo dispuesto por los Títulos Segundo y Tercero de esta Ley, se sancionará al infractor con una multa hasta por el importe de la operación; y...”

Cabe señalar que en ciertos casos, la inversión extranjera está sujeta a límites máximos de participación, y por lo tanto no se computará la inversión extranjera que, de manera indirecta, sea realizada a través de sociedades mexicanas con mayoría de capital mexicano, siempre que estas últimas no se encuentren controladas por la inversión extranjera.

Las sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros o que hayan celebrado el convenio ante la SRE, podrán adquirir el dominio de bienes inmuebles en el territorio nacional.

En caso que las sociedades mexicanas con Cláusula de Exclusión de extranjeros o que hayan celebrado el multicitado convenio ante la SRE, podrán adquirir el dominio de bienes inmuebles destinados a la realización de actividades no residenciales ubicados en la zona restringida, debiendo dar aviso de dicha adquisición a la citada Dependencia.

Las personas morales del extranjero o sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión de extranjeros, podrán adquirir derechos sobre bienes inmuebles destinados a fines residenciales ubicados en zona restringida, siempre que la misma sea configurada a través de la adquisición de derechos fideicomisarios respecto de fideicomisos cuyo objeto sea permitir la utilización y el aprovechamiento de tales bienes, sin constituir derechos reales sobre ellos. Desde luego, la compra del derecho sobre el bien inmueble de que se trate será realizada por una institución de crédito que funja como fiduciaria. A manera de requisito regulatorio, la institución fiduciaria solicitará permiso de la SRE para poder realizar la compra del inmueble correspondiente. Como importante restricción (de forma, no de fondo), se tiene que la duración de los fideicomisos antes citados, será por un periodo

máximo de cincuenta años, mismo que podrá prorrogarse a solicitud del interesado, esto último convierte la restricción en una condición bajo la cual el interesado en la medida que así lo considere pertinente, puede continuar gozando del permiso para invertir en inmuebles en México bajo las circunstancias citadas.

En la LIE se regulan los fideicomisos sobre bienes inmuebles en zona restringida. Se trata de las reglas establecidas desde 1971 por Acuerdo Presidencial y que fueron recogidas por la Ley de 1973; sin embargo, también hay algunas novedades respecto a la Ley citada, como la fijación de un período máximo de 50 años para los fideicomisos, período que podrá prorrogarse a solicitud del interesado. No se prevé expresamente la prórroga después de 100 años, pero podría ser por un período igual (artículo 13, primer párrafo de la LIE), lo que de hecho significa que la posesión del bien por parte de extranjeros, sería prácticamente vitalicia.

Por otro lado, se dispone que el criterio con base en el cual decidirá la SRE sobre la conveniencia o no de otorgar los permisos para constituir fideicomisos consiste en: “El beneficio económico y social que la realización de estas operaciones implique para la nación”. Por tanto, habrá que demostrar ante la SRE, en el escrito de solicitud correspondiente, cuáles son estos beneficios, aportando además los estudios socioeconómicos que soporten lo que se afirma.

Desde el punto de vista de procedimiento en materia del otorgamiento de permisos para constituir fideicomisos, el artículo 14, último párrafo, de la LIE configura el supuesto dogmático de “*afirmativa ficta*”, mismo que opera después de transcurrido un período de 15 días a partir de la fecha en que se presentó la solicitud de permiso ante la unidad administrativa central; o bien, 30 días si se presenta ante delegaciones estatales. Con lo anterior se estimula

la rapidez de resoluciones de parte de la administración pública y al mismo tiempo, se otorga certidumbre a los inversionistas extranjeros por la previsibilidad de que obtendrán una respuesta dentro de un periodo de tiempo cierto.

El permiso se otorga a instituciones de crédito para que adquieran en su calidad de fiduciarias, el dominio de los inmuebles en zona restringida y permitan su uso y aprovechamiento a extranjeros. Este permiso debe constar por escrito y en el mismo se señalan como partes del fideicomiso: el fideicomitente, el fiduciario y el o los fideicomisarios (titulares o sustitutos), esto de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 9 y 11 de la LIE y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras (RNIE).³⁰

El artículo 17 de la LIE atiende una realidad que consiste en un creciente número de sociedades extranjeras en México, especialmente estadounidenses, que en ocasiones no desean constituir una sociedad mexicana como lo venían haciendo, esta alternativa la tomaban básicamente por las siguientes razones: i) para tener mayor amplitud de actividades, ii) para ser sujetos de crédito, iii) e incluso para evitar ser obstaculizados con los porcentajes máximos establecidos por las leyes mexicanas correspondientes a los extranjeros participando en negocios en México. Cabe señalar que actualmente, esas mismas sociedades del extranjero establecen sucursales o simples oficinas, y por tanto esta disposición clarifica las reglas para hacerlo, al detallar los requisitos que se necesitan para ese fin.

³⁰ Orozco Felgueres Loya, Carlos, *Inmuebles. Aspectos Legal, Fiscal y Financiero*, 2ª, México, Dofiscal Editores, 2010, pp. 135, 142.

La ventaja de una disposición del tipo al que corresponde el artículo 17 en cita, es que de forma sumaria centraliza las diversas disposiciones que sobre este tema se encontraban dispersas en el sistema jurídico mexicano.

El Título Quinto de la Ley que nos ocupa, atiende por su parte a otra realidad que requiere una creciente inversión extranjera en prácticamente todos los sectores productivos de México, toda vez que el ahorro interno del país es insuficiente. No obstante que existan sectores restringidos, aun en éstos puede participar la inversión extranjera por medio de la “neutralización” de la inversión que se puede hacer de ella mediante el fideicomiso como que se contiene en el Título Quinto del Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.

Se pretende que mediante la transmisión de la propiedad fiduciaria a la institución de crédito que actuará como tal, que el contenido extranjero de la inversión se diluya y se convierta en inversión neutra. Esta disposición, al margen de la discusión sobre su congruencia jurídica, tiene como objetivo que el dueño del capital extranjero participe junto con algún funcionario bancario en el comité del fideicomiso, que será el que se encargue de conducir los destinos de la inversión extranjera en la empresa en que se haya invertido.

En la práctica, toman las decisiones quienes representan a la inversión extranjera en dicho comité.

Si en verdad se pretende el fomento de mayor capital en áreas restringidas, distintas de las de la industria del sector energético, en el que ya comenzó a desmitificarse la participación de los extranjeros, se tendrán que abrir a éstos. Un argumento frecuente es en el sentido de que es mejor no abrir a la inversión extranjera los sectores restringidos que ahora quedan,

porque al hacerlo, las empresas con capital 100% mexicano venden su participación al capital extranjero “desnacionalizando” dichos sectores, aunque este argumento es superfluo, conviene aclarar que el empresario mexicano –salvo honrosas excepciones- tiene una salida fácil al encontrar a un comprador –en este caso extranjero- de la participación accionaria de su empresa. Pero, también ese empresario está en su derecho de vender su empresa y de venderla a cualquier comprador.

Es un problema de mercado y no de Ley, pero también si ese mismo empresario en ocasiones, cuando descubre que en su sector debe competir con la inversión extranjera, prefiere no hacer el esfuerzo y vende su participación. Problema subjetivo y de falta de cultura empresarial, pero que en todo caso no es problema de la Ley ni del gobierno. Por el contrario, hay muchos otros casos paradigmáticos en los que los empresarios mexicanos no sólo han contendido exitosamente con la inversión extranjera en México sino en el extranjero, donde han ganado amplios mercados internacionales y donde empresas transnacionales mexicanas han participado con gran éxito, como es el caso, entre otros, del cemento, panadería de molde, autopartes, telefonía, radio y televisión. De lo que se trata es de obtener recursos financieros, que no existen en el país, para sectores específicos o son manifiestamente insuficientes.

Es importante hacer mención que esta LIE en los casos en los que hace mención expresa respecto del requerimiento al particular de promover una solicitud de autorización (permisos) ante la SRE, una vez transcurrido cierto plazo sin que emita una Resolución, se entenderá aprobada la solicitud respectiva (actualizándose la figura de la afirmativa ficta). Este caso es afortunado en contraposición a lo dispuesto en el caso de promoción de consultas regulada en el Código Fiscal de la Federación (CFF), en lo cual

transcurrido cierto plazo en el que la autoridad mantenga su silencio, se entiende que la autoridad resolvió negativamente la promoción (es decir, se da por configurada la “negativa ficta”).

Como medida de control, la SRE realiza verificaciones periódicas sobre el cumplimiento de las condiciones bajo las cuales se otorgan los permisos, así como la presentación y veracidad del contenido de los avisos antes mencionados.

Otra de las medidas que deben cumplirse por parte de los extranjeros cuando invierten en México es solicitar a la Secretaría de Economía (SE) el uso de las denominaciones o razones sociales con las que pretendan constituirse las sociedades a través de las cuales pretendan invertir en el país.

Si bien es cierto que no es un requisito de control, sino de recepción de información por parte de las autoridades mexicanas respecto de inversionistas del extranjero, a efecto de saber la cuantía y destino de las inversiones que residentes en el extranjero realizan en el país, existe la obligación para las personas físicas y morales del extranjero que invierten en México, de inscribirse ante el RNIE, así como presentar avisos periódicos; algunos trimestrales, otros anuales y algunos otros en periodos excepcionales, por ejemplo cuando se realicen aportaciones que no afecten al capital social (v.gr. aportaciones para futuros aumentos de capital) y aportaciones que sí afecten el capital.

Al igual que todas las leyes en nuestro ordenamiento jurídico, en la LIE se prevén diversas multas que se pueden imponer a residentes en el extranjero por una multiplicidad de eventos, entre los cuales se cuenta: i) se lleven a cabo actividades, adquisiciones o cualquier otro acto que para su realización requiera resolución favorable de la Comisión Nacional de

Inversiones Extranjeras y la autorización no se haya obtenido previo a la realización de tales actos, ii) en caso que realicen habitualmente actos de comercio en el país, sin haber obtenido previamente la autorización de la SE, iii) en caso de omisión, cumplimiento extemporáneo, presentación de información incompleta o incorrecta respecto de las obligaciones de inscripción, reporte o aviso al RNIE por parte de las entidades obligadas, iv) en caso de simulación de actos con el propósito de permitir el goce o la disposición de bienes inmuebles en la zona restringida a personas físicas o morales extranjeras o a sociedades mexicanas que no tengan cláusula de exclusión de extranjeros. A este respecto, a manera de evidenciar a la comunidad extranjera la existencia de Estado de Derecho al invertir en el país, en caso que se considere que éstos se hagan acreedores a la imposición de una multa, para la determinación e imposición de las sanciones se deberá oír previamente al extranjero y, en el caso de sanciones impunes en numerario, la autoridad debe tomar en consideración la naturaleza y gravedad de la infracción, la capacidad económica del infractor, el tiempo transcurrido entre la fecha en que se debió cumplir la obligación, así como su cumplimiento o regularización, y el valor total de la transacción que hubiere originado la imposición de la multa.

El problema de la reglamentación de las inversiones extranjeras, cada vez que se plantea hace resurgir todas las preocupaciones, fantasmas y temores que oponen a los países industrializados y a los países en desarrollo, ya que esquemáticamente mientras que para el inversionista sus tres preocupaciones esenciales se reducen a : a) rentabilidad, b) seguridad y c) financiamiento de su inversión; para los países en desarrollo, por el contrario, sus objetivos no son únicamente el obtener ciertos beneficios económicos sino que sus preocupaciones –reduciéndolas igualmente a número de tres- serían las de: a)

elevar el nivel técnico del país; b) la integración de inversión extranjera en el proceso de desarrollo y c) la salvaguarda de la independencia nacional.

En otras palabras, lo que se pretende es evitar la creación de “oasis de desarrollos”, cuya presencia queda sin efecto sobre la expansión de la economía circundante, generándose verdaderos ghettos sociales que funcionan en circuito cerrado y sin contacto alguno con la población local.

Por otro lado, la validez de la nacionalización y de la expropiación dentro del marco del derecho internacional público no parece ya objetable en lo que al principio mismo se refiere, pero siguen siendo las modalidades en que se lleva al cabo, lo que continúa causando grandes escozores y dificultades mayores.

La tendencia general entre los países exportadores de capital es la de declarar toda apropiación extranjera como no legítima desde el momento en que no esté acompañada por el pago de una “indemnización pronta, adecuada y efectiva”, mientras que para los países en desarrollo las características y modalidades de la indemnización deberían poder determinarse en cada caso en particular, y tomando como base el estado mismo del subdesarrollo de cada país.

Es interesante hacer notar que incluso algunos países en desarrollo han cuestionado el fundamento mismo de la indemnización en su sentido clásico, haciendo valer la llamada teoría de los “beneficios excesivos” o “beneficios exorbitantes”. Los beneficios de una empresa serán juzgados excesivos, cuando la comparación de los resultados financieros de una empresa frente a otra con el mismo objeto, y operando en condiciones relativamente parecidas, aparece una diferencia tal que la sola explicación de esta última diferencia

solamente puede encontrarse en la infraestructura económica y las condiciones sociales del país en donde opera la empresa.³¹

V. MARCO LEGAL CORPORATIVO

Cuando nos preguntamos: ¿Qué son los principios generales de derecho?, de inmediato aparecen posibles respuestas sin embargo, al profundizar sobre dicha cuestión, nos surgen una multitud de dudas ya que, en todas las contestaciones encontramos contradicciones y vacíos.

Además cabe resaltar que la delimitación que hagamos sobre éstos se encuentra en relación directa con la corriente teórica del derecho que cultivemos³².

Por principios generales de derecho se entiende el conjunto de criterios orientados insertos expresa o tácitamente en todo sistema jurídico cuyo objeto es dirigir e inspirar al legislador y al juzgador y en su caso suplir las insuficiencias o ausencias de la ley u otras fuentes formales, tales principios se manifiestan como una típica fuente formal indirecta del derecho³³.

Resulta de interés tener presentes dichos Principios, reconocidos en el entorno jurídico internacional, los cuales son aplicables a los extranjeros para celebrar actos y negocios jurídicos en diferentes lugares del mundo³⁴.

³¹ op.cit. 24, pp. 201, 202.

³² Sánchez Vázquez, Rafael, Los principios generales de derecho y los criterios del Poder Judicial de la Federación, México, Porrúa, 2004, pp.6-8

³³ Álvarez Ledezma, Mario I, Conceptos Jurídicos Fundamentales, México, Mc Graw Hill ,2008, p. 54.

³⁴ Op.cit.11, p.157

Primero. Se reconocen las situaciones jurídicas válidamente creadas en un estado extranjero conforme a su derecho pues, estas no tienen por qué cuestionarse, pues sólo los hechos están a prueba, no así el derecho.

Segundo. La constitución, régimen y extinción de derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes y los bienes muebles, se regirán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros, siguiendo la regla conflictual “*lex rei sitae*”, reconocida universalmente para el caso de los bienes inmuebles y las acciones reales sobre los mismos.

Tercero. La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar donde se celebren, siguiendo la regla “*locus regit actum*”, principio jurídico según el cual, el derecho aplicable a la forma lo es el del lugar donde se realizan.

Cuarto. Los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse siguiendo el principio conflictual “*lex loci executionis*”, según el cual, es aplicable el derecho del lugar de ejecución de una obligación o acto jurídico.

Quinto. No se aplicará el derecho extranjero cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión y cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano.

El sistema jurídico mexicano reconoce estos principios, en los artículos del 12 al 15 del Código Civil Federal. Por su parte, han sido reconocidos en la

Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, conocida como *Convención de Montevideo*.^{35 - 36}

Fundamentalmente existen dos clases de inversión extranjera en México: la directa y la indirecta.

Las principales formas de inversión directa extranjera son: el establecimiento de sucursales de empresas extranjeras en México; la constitución de sociedades mexicanas y la adquisición de acciones o partes sociales representativas de capitales de sociedades mexicanas ya establecidas, sea directamente por personas extranjeras físicas o morales, o a través de otras sociedades mexicanas controladas, total o parcialmente, por personas extranjeras, cuyos objetos sociales sean la compra, venta y comercio en general de toda clase de partes sociales y demás valores bursátiles de todo tipo de sociedades mexicanas o extranjeras.

La inversión extranjera directa es la que realizan las personas físicas y morales extranjeras para el establecimiento, mantenimiento o desarrollo de toda clase de actividades económicas. Esta forma de inversión se realiza, principalmente, mediante la constitución de sociedades en donde el capital es suscrito y pagado, en su mayoría o totalidad, por extranjeros; o bien, mediante la adquisición de acciones o partes sociales de sociedades mexicanas ya establecidas o a través de otras sociedades mexicanas controladas, total o parcialmente, por personas extranjeras. También mediante el establecimiento de sucursales de empresas extranjeras en México, la

³⁵ *Ibíd.* p.158.

³⁶ Este Tratado Multilateral de Tipo Regional, cuyo depositario es la Organización de Estados Americanos, se encuentra vigente en México y fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 19 de Agosto de 1987.

adquisición de bienes inmuebles y el ejercicio del comercio de manera habitual.

La inversión extranjera indirecta es aquella efectuada generalmente, a través de préstamos entre gobiernos o de organismos internacionales a gobiernos o empresas públicas; o bien, mediante la colocación de valores bursátiles oficiales del país receptor del crédito en las bolsas de valores de la nación que concede el mismo.

México, actualmente –contrario a que anteriormente se preferían las inversiones indirectas y, de éstas, las derivadas de préstamos entre gobiernos y los otorgados por organismos internacionales- da la bienvenida a la inversión extranjera directa para que ésta contribuya al desarrollo nacional.

En la inversión extranjera directa, como regla general, los extranjeros pueden participar en cualquier actividad económica y suscribir y pagar hasta el 100% del capital de sociedades mexicanas que realicen actividades liberadas. Como regla de excepción, se restringe su participación en algunos campos económicos que están reservados al Estado Mexicano, otros a mexicanos y a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión para extranjeros y, por último, existen actividades en las que se limita la participación de la inversión extranjera hasta los porcentajes máximos permitidos por la ley.

Las áreas de actividad económica que constituyen la regla de excepción se reservan o limitan por:

Primero. Las del Estado Mexicano para salvaguardar el concepto de soberanía nacional.

Segundo. Las de mexicanos personas físicas y sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, para fortalecer la economía nacional en esas actividades y, posteriormente liberarlas para que la inversión extranjera y la mexicana participen en igualdad de condiciones.

Tercero. Las limitadas a la inversión extranjera hasta los montos máximos autorizados por la ley que tienen por finalidad acelerar el crecimiento en estas actividades económicas a través de la asociación de capitales extranjeros con mexicanos a efecto de intercambiar tecnología y experiencia y, posteriormente liberarlas para que la inversión extranjera y mexicana participen de manera equitativa.

Este tipo de inversión persigue el control en todos sentidos y formas del capital mexicano sobre el extranjero y recibe el nombre de mexicanización.³⁷

Para el Sistema Jurídico Mexicano el concepto de Inversión Extranjera directa comprende:

Primero. La participación de inversionistas extranjeros, en cualquier proporción, en el capital social de sociedades mexicanas mediante la suscripción y pago del capital social.

Segundo. La realizada por sociedades mexicanas con mayoría de capital extranjero a través de la adquisición de acciones o partes sociales en otras sociedades mexicanas ya constituidas o de nueva creación.

Conforme al artículo 1 fracción IV del Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del RNIE, por mayoría de capital extranjero debemos

³⁷ op.cit. 11, p. 11.

entender aquélla en la que la participación de la inversión extranjera represente más del 49% del capital social de una sociedad mexicana.

Tercero. La participación de inversionistas extranjeros en las actividades y actos contemplados en la LIE. Por actividades y actos debemos entender:

- i. las adquisiciones de activos fijos;
- ii. el ingreso a nuevos campos de actividad económica;
- iii. la fabricación de nuevas líneas de productos;
- iv. abrir y operar establecimientos, relocalizar los ya existentes;
- v. adquirir inmuebles en la zona no restringida;
- vi. obtener concesiones para la exploración o explotación de minas o aguas;
- vii. ser fideicomisario con inmuebles en zona restringida.

También es inversión extranjera directa la inversión neutra, que es la efectuada en el capital social de sociedades mexicanas o en fideicomisos autorizados conforme al Título V de la LIE y que no computa para determinar el porcentaje de la inversión extranjera en actividades económicas reservadas a mexicanos y de regulación especial. La inversión neutra tiene como finalidad hacer llegar financiamiento a empresas mexicanas que realizan este tipo de actividades para facilitarles lograr sus proyectos o saneamiento financiero sin que con ello la inversión mexicana pierda el control de la empresa.

La piramidación es la intervención de una sociedad mexicana con mayoría de capital extranjero; o bien, con mayoría de capital mexicano, pero controlada por la inversión extranjera en el capital social de otra sociedad mexicana que tiene como objeto social la realización de actividades económicas sujetas a límites máximos de participación a la inversión extranjera. Con este esquema de piramidación, al suscribir una empresa el

capital social de otra empresa, la inversión extranjera puede rebasar el límite permitido.

A la piramidación también se le identifica con el nombre de inversión extranjera indirecta, pues con la participación de una sociedad en el capital social de otra sociedad, la primera obtiene el control indirecto de la segunda para participar, así como un porcentaje mayor al permitido por la ley. Este esquema se prohíbe y de igual manera todos aquéllos procedimientos con los que se logre tal propósito.

Por eso, en este tema la ley de la materia se refiere a la inversión extranjera con las palabras: directa e indirecta; la primera para indicar que la inversión extranjera nunca podrá participar con un porcentaje mayor que el permitido por la ley, por ejemplo: pretender suscribir directamente en el acto de constitución de la empresa en un porcentaje superior al 49% cuando la ley sólo autoriza hasta el 49%; la segunda, para ratificar que tampoco puede hacerlo indirectamente por cualquier otro procedimiento, como puede ser a través de la piramidación, pactos sociales y convenios. Por tanto, en actividades económicas sujetas a límites máximos de participación a la inversión extranjera, ésta nunca podrá rebasar dichos límites, ya sea de manera directa o indirecta.

No hay mayor problema cuando la inversión extranjera participa directamente en el capital, pues de entrada se conoce el porcentaje de suscripción que nos permite determinar si está o no dentro del límite permitido, la dificultad se presenta con la que se realiza de manera indirecta a través de esquemas de piramidación que pueden ocasionar que la inversión extranjera se oculte, esconda o disfrace.

Sin embargo, tratándose de actividades liberadas, la inversión extranjera está facultada para invertir libremente hasta en un 100%, en las que se podrá participar tanto directa como indirectamente a través de cualquier procedimiento legal.

La pirimidación de actividades reguladas está prevista en los artículos 4 y 7 de la LIE³⁸:

De conformidad con estas disposiciones se desprende que la ley autoriza la pirimidación cuando se trate de sociedades mexicanas con mayoría de capital mexicano, siempre y cuando no estén controladas por la inversión extranjera, pues en este caso nos encontramos en presencia de una inversión mexicana que no altera ni modifica los montos máximos de inversión permitidos, pero cuando la pirimidación se realiza por sociedades mexicanas con mayoría de capital extranjero, o bien, con mayoría de capital mexicano, pero controladas por la inversión extranjera a través de fideicomisos, convenios, pactos sociales o estatutarios, estamos en presencia de una inversión extranjera que sí computa para determinar los máximos de participación en actividades de regulación especial. Esta última inversión está permitida, siempre y cuando con ella no se rebasen los montos máximos de

³⁸ “Artículo 4. ... 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 estas últimas no se encuentren controladas por la inversión extranjera.

Artículo 7. ...

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 pirimidación, 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.”

participación, pues de ser así, la ley la prohíbe por otorgar el control de la empresa o por conceder una participación mayor a la permitida.

Por mayoría de capital mexicano debemos entender el 51% del capital social de una empresa mexicana.

Por mayoría de capital extranjero debemos entender más del 49% del capital social de una empresa mexicana.

La legislación de la materia no precisa qué debemos entender por “control de la empresa”. Sin embargo, consideramos que este concepto comprende la capacidad de una persona o grupo de personas para realizar cualquiera de los actos siguientes:

- 1) Imponer, directa o indirectamente, decisiones en las asambleas generales de accionistas, de socios u órganos equivalentes, nombrar o destituir a la mayoría de los consejeros, administradores o equivalentes, de una persona moral,
- 2) Mantener la titularidad de derechos que permitan, directa o indirectamente, ejercer el voto respecto de más del 49% del capital social de una persona moral; y
- 3) Dirigir, directa o indirectamente, la administración, la estrategia o las principales políticas de una persona moral, por cualquier medio legal.

La piramidación que la inversión extranjera realice por sociedades mexicanas con mayoría de capital extranjero, o bien por sociedades mexicanas con mayoría de capital mexicano, pero controladas por la inversión extranjera, siempre computa para determinar los montos máximos autorizados por la ley en actividades con regulación específica. La clave de su procedencia está en determinar si a través de ella se concede el control de la

empresa o se otorga una participación a la inversión extranjera mayor a la permitida por la ley; de ser así, - se prohíbe-, caso contrario, -se permite-.

Para determinar si una sociedad mexicana tiene o no mayoría de capital mexicano o extranjero es conveniente solicitar al órgano de administración de la empresa una constancia en la que certifique la manera en que está integrado y suscrito el capital social, con base en la información que obre en el Libro de Registro de Acciones Nominativas.

La SE debe vigilar la participación de la inversión extranjera en actividades económicas sujetas a límites máximos de participación para garantizar a la inversión mexicana el control de estas actividades, pues de no ser así, a través de los esquemas de pirimidación, la inversión extranjera dejará al margen a los mexicanos del desarrollo de estos campos económicos.

La parte final del artículo 7 de la LIE autoriza la inversión neutra dentro del capital social de empresas que practican actividades reguladas. Esta inversión no computa para determinar el porcentaje de la inversión extranjera en el capital social, sino que tiene por finalidad atraer financiamiento a empresas cuyos objetos sociales se refieren a actividades en las que los extranjeros únicamente puedan participar hasta los montos autorizados por la ley. Esta inversión no concede a los extranjeros el control de la empresa.

Las personas morales extranjeras de naturaleza privada legalmente constituidas conforme a su derecho, gozan de personalidad jurídica dentro del Sistema Jurídico Mexicano. En este sentido, tienen capacidad para ejercer habitualmente el comercio en la República Mexicana, siempre y cuando obtengan el permiso de la SE, protocolicen sus estatutos y se inscriban en el

Registro Público de Comercio. Estos requisitos no son necesarios cuando se realizan actos aislados o eventuales de comercio.

Las personas morales extranjeras que realicen habitualmente actos de comercio en la República Mexicana sin haber obtenido previamente la autorización de la SE se harán acreedores a una multa de 200 salarios mínimos. Resulta interesante señalar que los actos declarados nulos por la Secretaría, por ser contrarios a lo establecido en la ley, no surtirán efectos legales entre las partes, ni se podrán hacer valer ante terceros.

Se ha manejado mucho el tema de que los extranjeros no pueden tener propiedades inmuebles en el país. Tomar esta aseveración en forma tajante sería mentir, ya que los extranjeros sí pueden tener inmuebles en el país, lo que pasa es que quedan sujetos a las leyes mexicanas sin que los propietarios extranjeros puedan solicitar apoyo a su país en caso de alguna controversia sobre sus inmuebles, ya que al permitírsele adquirir propiedades se les está concediendo el honor de considerarlos como nacionales. Lo que sucede es que tendrá que someterse a la cláusula de que no puede invocar la protección diplomática de su gobierno en lo que respecta a ellos³⁹.

Este asunto de la Cláusula Calvo se refiere, especialmente, a que en caso de que el gobierno de México quiera expropiar sus bienes en beneficio público, o acto semejante de la soberanía nacional legalmente estipulado, el extranjero no puede invocar la ayuda de su gobierno, pues se cumple con el supuesto de la cláusula citada y pierde el beneficio a favor de los Estados Unidos Mexicanos.

En una controversia entre los Estados Unidos de Norteamérica y los Estados Unidos Mexicanos en una situación en que un extranjero pidió

³⁹ op.cit. 11, p.15

protección diplomática para defender su propiedad, Estados Unidos de Norteamérica argumentó que la protección diplomática no es algo que esté en el patrimonio de los particulares. México contestó con una lógica irrefutable: es cierto que no se puede renunciar a lo que no se tiene en el patrimonio, pero también es cierto que lo que sí se tiene en el patrimonio puede sujetarse a una condición y en este caso es la de no invocar la protección de un gobierno extranjero⁴⁰.

México le ha concedido el honor de considerarlo como mexicano para que pueda adquirir bienes en territorio nacional, pero no podrá invocar la protección de su país, pues de hacerlo, renuncia también al honor de ser mexicano y pierde, por lo mismo, los bienes a favor de los Estados Unidos Mexicanos.

En el caso particular, cobra relevancia volver a la Cláusula Calvo reflejada en la fracción I del artículo 27 Constitucional que regula la situación jurídica de los extranjeros ante el Estado Mexicano, en la adquisición de tierras, aguas y sus accesiones. Para estos efectos el territorio mexicano se clasifica:

Zona restringida.

La franja de territorio nacional de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 a lo largo de las playas, a que se refiere la disposición constitucional antes invocada. Esta zona se integra:

- a. Inmuebles residenciales; y
- b. Inmuebles no residenciales.

⁴⁰ Ibídem, p.16

Esta franja de territorio se conoció en legislaciones anteriores con el nombre de Zona Prohibida.

La Zona Restringida constituye el 45.3% del territorio nacional.

b) Fuera de la zona restringida.

Esta clasificación tiene por finalidad precisar el territorio sobre el cual los extranjeros pueden tener el dominio directo, distinto de aquél en donde únicamente pueden adquirir derechos de utilización y aprovechamiento a través del fideicomiso, sin constituir derechos reales.

La diferencia está en el dominio directo cuyo concepto debemos entender como propiedad privada, la facultad de usar, disfrutar y disponer del derecho real de propiedad, ya que en el fideicomiso se generan únicamente derechos de contrato que comprenden el uso y goce de inmuebles, incluyendo la obtención de frutos, productos y, en general, cualquier rendimiento que resulte de la operación y explotación lucrativa a través de terceros o de la institución fiduciaria.

La fracción I del artículo 27 Constitucional concede capacidad a los mexicanos por nacimiento o por naturalización y a las sociedades mexicanas, para adquirir en propiedad privada las tierras de la nación y faculta al Estado para que de manera discrecional conceda el mismo derecho a los extranjeros cuando convengan ante la SRE en considerarse como nacionales respecto a esos 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 hubiere adquirido en virtud del mismo.

Esta fracción I establece una prohibición total para que los extranjeros puedan adquirir el dominio directo de inmuebles dentro de la llamada Zona Restringida.

Los extranjeros fuera de la Zona Restringida pueden adquirir el dominio directo de inmuebles, pero en la Zona Restringida no, solamente derechos de fideicomisario.

Como los extranjeros también pueden ser accionistas o socios de sociedades mexicanas, la LIE y su Reglamento impuso a las sociedades algunas limitaciones para adquirir inmuebles en la República Mexicana, no obstante que se trata de personas morales mexicanas, de ahí que al constituir la sociedad se debe insertar en el estatuto, la cláusula de admisión o exclusión de extranjeros para determinar su capacidad para adquirir bienes en territorio nacional.

Se exige analizar la capacidad para adquirir bienes inmuebles en la República Mexicana de⁴¹:

- 1) Mexicanos, personas físicas;
- 2) extranjeros, personas físicas y morales;
- 3) sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros;
- 4) sociedades mexicanas con cláusula de admisión de extranjeros

Con relación a la nacionalidad de las personas morales, México sigue el criterio *constitución – domicilio*⁴².

⁴¹ Pereznieto Leonel y Silva Jorge, Derecho Internacional Privado – Parte Especial 2ª Edición, México, Oxford University Press, 2007, p. 460.

La exposición de motivos de una diversa Ley de Nacionalidad ya abrogada sobre el tema señaló:

“...En el proyecto se propone el mismo sistema consagrado en la ley de 1886, según la cual son personas morales mexicanas las organizadas de acuerdo con la ley mexicana, siempre que tengan establecido su domicilio en México.

Se ha creído que el domicilio, unido a lo dispuesto en la ley que rige la constitución de la sociedad, presenta suficiente fijeza y revela un vínculo suficientemente estrecho entre la persona jurídica y el Estado, por lo que puede tomarse como base para conferir la nacionalidad. Tiene, además, la ventaja de que se considera un sistema jurídico, que en la práctica no da origen a dificultades y además está en armonía con el sistema que, para distinguir las sociedades extranjeras de las nacionales de acuerdo al Código de Comercio...”

El artículo 33 del Código Civil Federal, (supletorio de la Ley de Nacionalidad), señala que por domicilio legal de las personas jurídicas debe entenderse el lugar donde se haya establecido su administración.

De lo anteriormente mencionado se desprende que son personas morales extranjeras:

Primera: Aquéllas que se constituyan conforme a la legislación mexicana pero establezcan su domicilio fuera del territorio nacional.

Segunda: Aquéllas que se constituyan conforme a la legislación de otro Estado, aun cuando su domicilio se fije dentro del territorio nacional.

Tercera: Aquéllas que se constituyan conforme a la legislación mexicana, fijen su domicilio dentro del territorio nacional y posteriormente cambien su domicilio al extranjero. En este supuesto la persona moral pierde

⁴² “El artículo 8 de la Ley de Nacionalidad dice: “Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes mexicanas y tengan en territorio nacional su domicilio legal”.

por ministerio de ley la nacionalidad mexicana para adquirir la extranjera y su estatus jurídico quedará sujeto a las normas para extranjeros.

Las personas morales extranjeras gozan de reconocimiento de personalidad jurídica siempre y cuando se encuentren constituidas legalmente conforme a las leyes de su país, y que no contravengan al orden público mexicano⁴³.

En cuanto a la capacidad, ésta dependerá de la naturaleza, objeto y fines de su institución, de tal manera que la actividad jurídica que realicen en territorio mexicano estará sujeta al cumplimiento de la normativa especial creada para estos casos -tratados internacionales y derecho interno nacional-.

El reconocimiento de la personalidad y capacidad jurídicas de las personas morales privadas de naturaleza civil, lo encontramos en los artículos 25 fracción III y 2736 del Código Civil Federal⁴⁴.

Por lo que toca a las personas morales privadas de naturaleza mercantil, este reconocimiento se fundamenta en los artículos 3 fracción III, y

⁴³García Velasco, Gonzalo, *Persona Jurídica. Doctrina y Legislación Mexicana*, México, Porrúa, 2009, pp.140 -144.

⁴⁴ “Artículo 25.- Son personas morales:...

III. Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736.

Artículo 2736. La existencia, capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, funcionamiento, transformación, disolución, liquidación y fusión de las personas morales extranjeras de naturaleza privada se regirán por el derecho de su constitución, entendiéndose por tal, aquél del estado en que se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas.

En ningún caso el reconocimiento de la capacidad de una persona moral extranjera excederá a la que le otorgue el derecho conforme al cual se constituyó.

Cuando alguna persona moral extranjera de naturaleza privada actúe por medio de algún representante, se considerará que tal representante o quien los sustituya, está autorizado para responder a las reclamaciones y demandas que se intenten en contra de dicha persona con motivo de los actos en cuestión.”

13, 14, 15 y 24 del Código de Comercio, y 250 de la Ley General de Sociedades Mercantiles⁴⁵.

Es necesario aclarar que la ley otorga un trato diferente a las personas morales extranjeras privadas de naturaleza mercantil que pretendan realizar de manera habitual el comercio en territorio nacional, de aquéllas que no tienen este propósito, pero que realizan, de alguna manera actos aislados o habituales de comercio. En el primer supuesto se debe cumplir con una normativa especial; en el segundo no.

Todo gira alrededor del *comercio habitual*, debiendo entender por este concepto, una actuación permanente, constante y continuada a través del tiempo. Al respecto, la exposición de motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934 establece:

45 “Artículo 3.- Se reputan en derecho comerciantes:...

III. Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que en territorio nacional ejerzan actos de comercio.

Artículo 13. Los extranjeros serán libres para ejercer el comercio, según lo que se hubiese convenido en los tratados con sus respectivas naciones, y lo que dispusieron las leyes que arreglen los derechos y obligaciones de los extranjeros.

Artículo 14. Los extranjeros comerciantes, en todos los actos de comercio en que intervengan, se sujetarán a este Código y demás leyes del país.

Artículo 15. Las Sociedades legalmente constituidas en el extranjero, que se establezcan en la República o tengan en ella alguna agencia o sucursal, podrán ejercer el comercio sujetándose a las prescripciones especiales de este Código en todo en cuanto concierna a la creación de establecimientos dentro del territorio nacional, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los tribunales de la nación.

En lo que se refiera a su capacidad para contratar, se sujetarán a las disposiciones del artículo correspondiente del título de Sociedades extranjeras.

Artículo 24. Las sociedades extranjeras deberán acreditar, para su inscripción en el Registro Público de Comercio, estar constituidas conforme a las leyes de su país de origen y estar autorizadas para ejercer el comercio por la Secretaría, sin perjuicio de lo establecido en los Tratados o convenios internacionales.

Artículo 250. Las sociedades extranjeras legalmente constituidas tienen personalidad jurídica en la República.”

“...el problema de las sociedades extranjeras que en la legislación en vigor ha dado lugar, por la imperfección de los preceptos respectivos del Código de Comercio, a múltiples controversias e incertidumbres en la jurisprudencia es resuelto por la ley de manera distinta, según se trate de una sociedad que pretenda establecer en la república alguna agencia o sucursal o de otra que solamente deba de emprender la defensa ante las autoridades mexicanas, de derechos nacidos por actos jurídicos válidamente efectuados fuera o dentro del territorio nacional, siempre que en este último supuesto no impliquen ejercicio del comercio.

La comisión pensó que en tanto que era preciso rodear de formalidades y garantías la primera de las situaciones indicadas, para la segunda era bastante con exigir que la sociedad se haya constituido legalmente, punto este que tocará apreciar en cada caso a la autoridad...”

De igual manera se debe observar una normativa especial cuando se trate de personas morales extranjeras privadas de naturaleza civil que pretendan establecerse en territorio nacional para ejercer de manera habitual actos propios de su objeto social, de aquéllas que únicamente realizan en México actos aislados o eventuales propios de su institución.

De lo anteriormente expuesto es posible concluir que para que una persona moral extranjera privada de naturaleza mercantil o civil esté legitimada para ejercer en México el comercio o actos habituales propios de su institución, respectivamente, se requiere:

A) Personas de carácter mercantil. Obtener la autorización de la Secretaría de Economía y estar inscritas en el Registro de Comercio.

B) Personas de carácter civil. Obtener la autorización de la Secretaría de Economía y estar inscritas en el Registro de Personas Morales del Registro Público.

Las personas morales privadas de naturaleza civil y mercantil que realicen actos aislados o eventuales de comercio propios de su institución, o bien, aquéllos para defender derechos aislados derivados de negocios

jurídicos válidamente celebrados dentro o fuera de la República Mexicana, no requieren de la autorización y registro en comento, gozando de personalidad jurídica en México para realizar tales actos, quedando a cargo de ellas acreditar su legal constitución, existencia y representación, así como su capacidad y legitimación para realizar el acto de que se trate.

El proyecto de reformas al Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y Reglamento del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras elaborado por la SE, define el concepto de comercio habitual y establecimiento de la manera siguiente:

A) Comercio habitual. La ejecución repetitiva de actos de comercio a través del tiempo, así como la celebración y ejecución en territorio nacional de uno o varios actos de comercio de tracto sucesivo.

B) Establecimiento. El lugar donde se desarrolla cualquier actividad económica en cualquier rama, tales como: comercial, industrial, forestal, avícola, agrícola, ganadera, pesquera, silvícola o de prestación de servicios.

Para que las personas morales extranjeras privadas de naturaleza mercantil ejerzan de manera habitual el comercio en México, es necesario que obtengan la autorización de la Secretaría de Economía, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de la LIE, para lo cual se debe acreditar los supuestos previstos en el artículo 17-A del mismo ordenamiento, que son:

- 1) “ Que su constitución esté de acuerdo con las leyes de su país,
- 2) Que el contrato social y demás documentos constitutivos no contravengan el orden público mexicano; y
- 3) Que se establezcan en la República Mexicana o tengan en ella alguna agencia o sucursal.”

Para acreditar los requisitos antes citados, el interesado debe anexar a su solicitud la documentación exigida en el artículo 21 del Reglamento de la LIE, a saber:

- 1) “Escritura, acta, certificado o cualquier otro instrumento de constitución, así como el estatuto por el cual se rige;
- 2) Poder del representante legal otorgado ante fedatario público; y
- 3) Comprobante de pago de derechos previsto en la Ley Federal de Derechos.”

Estos documentos deberán ser traducidos al idioma castellano y deberán estar legalizados o apostillados.

Para conceder la autorización en comento, la SE practicará un estudio jurídico respecto a la legalidad de los documentos antes mencionados para dejar acreditados los supuestos a que se refiere el artículo 21 del Reglamento en comento.

Concedida ésta, deberán protocolizarse los documentos mencionados e inscribir a la sociedad en el Registro Público de Comercio y en el RNIE.⁴⁶

Por su parte, las personas morales extranjeras de naturaleza civil están legitimadas para establecerse en la República Mexicana y realizar actos habituales propios de su institución, siempre y cuando obtengan la autorización de la SE para lo cual deberá acreditarse:

- 1) “Que su constitución esté de acuerdo con las leyes de su país;
- 2) Que el contrato social y demás documentos constituidos no contravengan al orden público mexicano; y

⁴⁶La normativa de estas obligaciones se encuentra en los artículos 19 Y 24 del Código de Comercio, 251 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, 32 de la Ley de Inversión Extranjera y 31 de su Reglamento y, 29 Párrafo Primero del Registro Público de Comercio.

- 3) Designen a un representante, domiciliado en el lugar donde van a operar, autorizado para responder de las obligaciones que contraigan.”

- **TIPOS DE VEHÍCULOS DE INVERSIÓN PARA EXTRANJEROS**

- i **Sociedades mercantiles**

Tratándose del desarrollo de negocios inmobiliarios, la realización de compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con propósito de especulación comercial, son consideradas actos de comercio por el Código de Comercio. Por su parte, las sociedades constituidas de acuerdo con lo dispuesto en leyes mercantiles, son consideradas por el citado Código como comerciantes. Tratándose específicamente de extranjeros, éstos serán libres para ejercer el comercio, siendo que las sociedades legalmente constituidas en el extranjero que se establezcan en la República Mexicana, podrán ejercer el comercio.

Es importante hacer mención que las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aunque no son en derecho comerciantes, quedan sin embargo, sujetas por ella a las leyes mercantiles.

En cuanto a la legislación mercantil mexicana que regula la constitución y funcionamiento de entidades mercantiles es la Ley General de Sociedades Mercantiles, misma que regula el siguiente tipo de sociedades de carácter mercantil:

- I.- Sociedad en nombre colectivo;
- II.- Sociedad en comandita simple;
- III.- Sociedad de responsabilidad limitada;
- IV.- Sociedad anónima;
- V.- Sociedad en comandita por acciones, y

Con el afán de hacer una breve comparativa entre el régimen corporativo-legal aplicable a una sociedad de responsabilidad limitada y el que aplica a una sociedad anónima, me parece que en el caso de esta última se encuentra sujeta al cumplimiento de un mayor número de obligaciones que la primera, por ejemplo:

- 1) en las sociedades anónimas, bajo la responsabilidad de sus administradores, presentarán a la Asamblea de Accionistas, anualmente, un informe que incluya por lo menos un informe de los administradores sobre la marcha de la sociedad en el ejercicio, así como sobre las políticas seguidas por los administradores, además un estado que muestre la situación financiera de la sociedad a la fecha de cierre del ejercicio, se agregará el informe de los comisarios;
- 2) el Consejo de Administración o el Administrador, podrá nombrar uno o varios Gerentes Generales;
- 3) en la sociedad anónima se tiene(n) una(s) persona(s) responsable(s) identificados bajo la denominación legal de *comisarios*, que serán responsables para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen, por su parte, en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada sólo si el contrato social así lo establece, se procederá a la constitución de un Consejo de Vigilancia, esto es desde mi punto de vista una diferencia importante en cuanto al nivel de escrutinio que una u otra sociedades mantienen desde un punto de vista corporativo.

A continuación se presenta un resumen de las diferencias entre estos dos tipos de sociedades:

Concepto	Sociedad Anónima	Fundamento	Sociedad de Responsabilidad Limitada	Fundamento
Nombre	Denominación, distinta de cualquier otra sociedad, seguida de las palabras "Sociedad Anónima" o de su abreviatura S.A.	Art. 88 LGSM	Denominación o razón social formada con el nombre del(os) socio(s), seguida de las palabras "Sociedad de Responsabilidad Limitada" o su abreviatura S. de R.L., en caso de no señalarlo expresamente, los socios quedan obligados a responder ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales	Art. 25, 59 LGSM
Responsabilidad de los socios	Los socios están solamente obligados al pago de sus acciones	Art. 87 LGSM	Los socios están solamente obligados al pago de sus aportaciones	Art. 58 LGSM
Representada por	Acciones indivisibles representadas por títulos nominativos que servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio, serán de igual valor y naturaleza, sin embargo, en el contrato social podrá estipularse que el capital se divida en varias clases de acciones con derechos especiales para cada clase	Art 91, 111, 113 114, 122 LGSM	Partes sociales no negociables, sino cedibles; cuyo valor y categoría puede ser desigual, pero en todo caso serán de un múltiplo de un peso	Art. 58, 61,62,65,66 y 69LGSM
Número de socios	Mínimo dos, no hay máximo definido	Art. 89 LGSM	Hasta 50 socios	Art. 61 LGSM
Admisión a la sociedad	En el contrato social podrá pactarse que la transmisión de las acciones sólo se haga con la autorización del consejo de administración, no obstante son de fácil realización, sin restricciones mayores	Art. 130, 131, 198 LGSM	Sólo se requiere consentimiento de los socios que representen la mayoría del capital social, teniendo los socios existentes derecho al tanto	Art. 65, 66 LGSM
Personalidad Jurídica	Distinta de la de sus socios	Art. 2 LGSM	Distinta de la de sus socios	Art. 2 LGSM
Capital	Fijo o variable, exhibido en dinero en efectivo al menos el 20% del valor de cada acción a su constitución. Se exhiba el valor íntegro de cada acción, en todo o en parte, con bienes distintos del numerario	Art. 89 LGSM	Fijo o variable; íntegramente sucrito y pagado a su constitución, al menos el 50% del valor de cada parte social. Prohibido pactar prestaciones en trabajo de los socios	Art. 1, 64, 70 LGSM
Cesión o Venta	Al estar las acciones representadas por títulos nominativos, éstos sirven para acreditar y transmitir la calidad y derechos de socio. En el contrato social podrá pactarse que la transmisión sólo se haga con la autorización del consejo de administración	Art. 111, 120, 130, 131 LGSM	Sólo se requiere consentimiento de los socios que representen la mayoría del capital social, excepto en caso de transmisión de las partes sociales por herencia	Art. 65, 67 LGSM
Participación de los socios	Cada uno no tendrá más de una parte social			Art. 68 LGSM
Administración	A cargo de uno o más mandatarios temporales y revocables, que pueden ser socios o ajenos a la Sociedad, cuando sean dos o más constituirán el Consejo de Administración. La Asamblea General de Accionistas, el Consejo de Administración o en Administrador, podrán designar uno o varios gerentes, sean o no accionistas -que actuarán a título propio. Los cargos de Administrador o de Consejero y de Gerente son personales y no podrán desempeñarse por medio de representante. Los Administradores son solidariamente responsables para con la sociedad en diversos casos. Presentarán a la Asamblea de Accionistas un informe anual que incluya, por lo menos un informe sobre la marcha de la sociedad así como los cuatro estados financieros básicos	Art. 100, del 142 al 163, del 172 al 177 LGSM	A cargo de uno o más gerentes de o ajenos a la Sociedad, salvo pacto en contrario, la sociedad podrá revocar a sus administradores. Cuando no se haga designación de administradores, todos los socios concurrirán en la administración	Art. 40, 74, 75, 76 LGSM
Órgano supremo	Asamblea General de Accionistas	Art. 178 LGSM	Asamblea de socios	
Vigilancia	Se deberá nombrar uno o varios comisarios, socios o ajenos a la sociedad.	Art. 91 LGSM	Un Consejo de vigilancia, EN SU CASO , designado por los socios, e integrado por éstos o bien por terceros	Art. 84 LGSM
Obligaciones del Consejo de Vigilancia	i)exigir a la administración un informe mensual que incluya al menos un estado financiero y un balance general, ii)realizar exámen de las operaciones necesarias, rendir anualmente un informe a la Asamblea General de Accionistas acerca de la suficiencia y razonabilidad del desempeño de la Administración, iii)existencia y manejo de sistemas de contabilidad, registro; entre otros. Son individualmente responsables para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos establecen	Art. Del 164 al 171 LGSM	No hay alguna obligación en la LGSM	
Pago de intereses a los socios	Participación concedida a los fundadores en las utilidades anuales no excederá del diez por ciento, ni podrá abarcar un periodo de más de diez años a partir de la constitución de la sociedad. Esta participación no podrá cubrirse sino después de haber pagado a los accionistas un dividendo del cinco por ciento sobre el valor exhibido de sus acciones. Por su parte, en los estatutos se podrá establecer que las acciones, durante un periodo no mayor de tres años, tengan derecho a intereses no mayores del nueve por ciento anual.	Art. 105 LGSM	Podrán estipularse, en periodo preoperativo, limitado a tres años, a la tasa de hasta el 9 por ciento anual sobre sus aportaciones	Art. 85 LGSM
Facultades de las asambleas de socios	a)ordinarias: discutir, aprobar o modificar informe de loa administradores, nombrar Adimistrador(es), Comisario(s)asuntos da la orden del día; b)extraordinarias: Prórroga de la duración de la sociedad, disolución, aumento o reducción de capital, cambio de objeto social, transformación o fusión, emisión de bonos, etc.	Del Art. 178 al 206 LGSM	i)Discutir, aprobar, modificar o reprobar el balance general, ii)reparto de utilidades, iii)nombramiento y remoción de gerentes, iv)designar, EN SU CASO, un consejo de vigilancia, v)división y amortización de partes sociales, vi)consentir cesiones de partes sociales y admisión de nuevos socios, vii)decidir sobre la disolución de la sociedad.	Art. 78 LGSM
Celebración de asambleas	a)Ordinarias al menos una vez al año, b)extraordinarias podrán reunirse en cualquier tiempo	Art. 181, 182 LGSM	Al menos una vez al año o bien: i)a convocatoria de los gerentes o, ii)del Consejo de Vigilancia o a falta u omisión de éste, por más de una tercera parte de los socios	Art. 80, 81 LGSM
Abreviaturas utilizadas: LGSM: Ley General de Sociedades Mercantiles				

Ahora bien, retomando el tema de inversionistas extranjeros, específicamente a los de Estados Unidos de América, una sociedad anónima

es considerada como una corporación (*per se corporation* de acuerdo con su regulación interna) lo cual tiene un efecto de bloqueo a la posible transparencia en materia corporativa, legal e impositiva, con respecto a las inversiones que se realicen por parte de residentes en dicho país en sociedades anónimas mexicanas; por su parte en el caso de una sociedad de responsabilidad limitada, la legislación fiscal del país en comento permite registrarlas ante la autoridad fiscal (Internal Revenue Service) como un vehículo transparente (es decir como si fueran los mismos residentes en el extranjero por sí mismos), lo cual en muchas ocasiones es un aliciente para inversionistas de ese país en México, ya que les permite acreditar de un modo más eficiente la materia impositiva conforme a sus reglas.

ii ENTIDADES TRANSPARENTES MEXICANAS Y EXTRANJERAS AUTORIZADAS EN MÉXICO

Conceptos del Fideicomiso

De acuerdo con la Enciclopedia Jurídica Mexicana, monumental obra del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, que condensa el conocimiento jurídico de nuestro país se afirma que el fideicomiso es el “contrato mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes a una institución fiduciaria para que con ellos se realice un fin lícito, que la propia persona señala en el contrato respectivo”⁴⁷.

En el Diccionario Mexicano intitulado Diccionario para Juristas, de Juan Palomar De Miguel, se define al fideicomiso como el “contrato mediante el cual una persona el fideicomitente, destina ciertos bienes a un fin

⁴⁷ Enciclopedia Jurídica Mexicana, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, t.4, p.64

licito determinado, en comendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria”⁴⁸.

Dada la realidad de la expansión internacional del trust, y su cada vez más frecuente utilización y práctica en los países de ascendencia romana, así como su importancia desde el punto de vista de la investigación y el análisis, a continuación transcribiremos la definición establecida en el artículo 2º de la Convención de La Haya (Países Bajos)⁴⁹ sobre fideicomiso de 1985: ...”El término trust se refiere a las relaciones jurídicas creadas por una persona, el fideicomitente – mediante acto entre vivos o por causa de muerte- cuando ciertos bienes han sido colocados bajo el control de un fiduciario para el beneficio de un fideicomisario o para un fin determinado”

A contrario-sensu- del espíritu de una sociedad mercantil que de suyo tiene personalidad jurídica propia, entendida ésta como “...toda entidad que tenga existencia y responsabilidad propias, distintas de las de sus miembros o fundadores, y que sea calificada como persona jurídica de acuerdo con las leyes del lugar de su constitución”⁵⁰, la figura de fideicomiso carece de ese elemento, razón que fundamenta el que a través de ese “contrato” se transparentan las acciones de los integrantes que en él participan (Fiduciario, Fideicomitente y Fideicomisario).⁵¹

⁴⁸ op.cit. 1 p.688

⁴⁹ Ortiz de la Torre, José Antonio Tomás, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Evolución Historia y convenciones adoptadas, en revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, p 7

⁵⁰ op. cit. 41 p. 480

⁵¹ Vargas Díaz Barriga, Luis David, Aspectos Prácticos del Contrato de Fideicomiso, México, Porrúa, 2012, pp. 86, 87.

Antecedentes del fideicomiso

El antecedente más antiguo del fideicomiso se encuentra asentado en el derecho romano. Este instrumento surgió debido a la dificultad de transmitir bienes, en virtud del rígido esquema legal que se tenía.

Más adelante, el fideicomiso romano se extendió en Europa y América, con variaciones y formas, según el país en que se adoptaba, siendo así, que en Inglaterra se da el “*trust*” como antecedente del fideicomiso angloamericano, que se desprende del *use*, como una forma de transmitir la tierra entre vivos, o por testamento a favor de prestanombres, quiénes las poseerían en provecho del beneficiario.

En México, el antecedente más remoto del fideicomiso se da en 1905, cuando siendo Secretario de Hacienda el Lic. José I. Limantour, envía a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, una iniciativa que facultaba al Ejecutivo para expedir una ley por la cual pudieran constituirse en la República Mexicana, instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios. Este proyecto no llegó nunca a discutirse en el Congreso; sin embargo, conserva el mérito de ser el primer intento legislativo en el mundo para adaptar el “*trust*” a un sistema de tradición romanista.

Durante la convención bancaria realizada en 1924, el diputado Enrique C. Creel presentó un proyecto para la creación de compañías bancarias de fideicomiso y ahorro, basado en la experiencia adquirida durante su estadía en Estados Unidos de América por nueve años. En esta convención se informó sobre el funcionamiento de dichas instituciones en el vecino país, consistente primordialmente en la aceptación de hipotecas y contratos de fideicomiso de

toda clase de propiedades, bonos de compañías ferroviarias. El aspecto jurídico del trust americano ha sido definido como una relación de equidad, por lo que una persona llamada “*trustee*” (fiduciario), debe usar una propiedad sometida a su control que es nombrada *trust property*, para el beneficio de personas llamadas “*cestuique trustee*”.⁵²

Por ello, este proyecto fue recomendado para ser sometido a consideración de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), pero nunca fue sancionado como Ley; sin embargo, sirvió de precedente y algunos de sus puntos se incluyeron en la legislación posterior.

El marco jurídico aplicable a fideicomisos en México fue pasando por diversas etapas, que referían a distintas leyes, En 1926 se presentó ante la SHCP un proyecto de Ley por parte del Lic. Vera Estañol, que contenía un elaborado sistema del régimen fiscal de fideicomiso.

En junio de ese mismo año, es publicada la Ley de Bancos de Fideicomisos, la cual contenía cinco capítulos: objeto y constitución de los bancos de fideicomiso; operaciones de fideicomiso; departamento de ahorro; operaciones bancarias de depósito, descuento y disposiciones generales. Para noviembre del año citado, se publica la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, que vino a abrogar la Ley de Bancos de Fideicomisos.

Una vez que las instituciones bancarias de fideicomiso y ahorro, comenzaron a crearse en la República Mexicana, el Diputado Enrique C. Creel dio a conocer algunos informes respecto al funcionamiento de dichas

⁵² Gómez Cotero, José de Jesús, *Efectos Fiscales de los Contratos*, 9ª., México, Dofiscal Editores, 2014, p. 160.

compañías, sentando las bases para ciertas disposiciones legislativas posteriores.

El fideicomiso puede ser constituido por actos entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.⁵³

La palabra fideicomiso deriva del vocablo latino *fideicomisum*, cuyas raíces son: *fides* que significa “fe” y *comissium*, participio pasivo de *comitto* que significa “confiar”, mismo que, a su vez, se descompone en los vocablos *cum* que quiere decir “con” y *mito* que es “enviar”, lo que podríamos interpretar como: “enviar algo con alguien de confianza”.

La institución denominada *fideicomisum* (etimológicamente, *fides*: fe, fidelidad o confianza; *comissum*: comisión o cargo, relación de encargo o depósito basada en la confianza), establecía en sus inicios las obligaciones a cargo del fiduciario, con un carácter exclusivamente moral, donde al adquirir la propiedad de los bienes, se obligaba a ejercer ese derecho en la forma prevista por quien se los había transmitido para beneficio de un tercero, quien a su vez, era titular de un derecho personal en contra del heredero fiduciario, por haberse pactado previamente la devolución del bien después de haberse llevado a cabo determinadas condiciones.

La regulación del fideicomiso se encuentra en los artículos 381 al 407 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (en adelante LGTOC), por lo que la definición legal se toma del artículo 381 del citado ordenamiento, entendiéndose que el fideicomiso es un contrato en virtud del

⁵³ *Ibíd.*, p. 161.

cual el fideicomitente (quién puede ser una persona física o moral, mexicana o extranjera), destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado, en beneficio propio o de un tercero, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria, mediante la transmisión de la propiedad, o bien, otorgando la titularidad de dichos bienes.

Naturaleza del fideicomiso

El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el contrato respectivo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria para la realización de un fin determinado.

La titularidad de los bienes objeto del fideicomiso, recae en la institución bancaria denominada fiduciaria, teniendo como limitación, los derechos adquiridos con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por las partes o por terceros, y con que expresamente se reserve el fideicomitente y las que para él se deriven del propio fideicomiso⁵⁴.

El patrimonio fideicomitado ha sido conceptuado tomando en cuenta el destino que tengan determinados bienes, derechos u obligaciones en

⁵⁴ Sirven de apoyo los siguientes criterios de los Tribunales:

“FIDEICOMISO, NATURALEZA DEL. El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el contrato respectivo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria para la realización de un fin determinado.

PRECEDENTES: Amparo en revisión 769/84. Unitas, S.A. de C.V. 26 de agosto de 1986. Mayoría de 17 votos. Disidentes: Mariano Azuela Guitrón, Anastasio González Martínez y Ulises Schmil Ordóñez. Ponente: Felipe López Contreras.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Época 7ª, Volumen 205-216, Parte Primera, página 52 Instancia Pleno.”

relación con un fin jurídico o económico, gracias al cual se organizan legalmente en forma autónoma. De esta manera, en un fideicomiso siempre se encontrará un conjunto de bienes, derechos y obligaciones destinados a la realización de un fin determinado (patrimonio), ya sea de naturaleza jurídica o económica.

En relación con el patrimonio fideicomitido, los Tribunales han sostenido diversos criterios⁵⁵:

Formalidades del fideicomiso

El fideicomiso deberá constar siempre por escrito y puede ser constituido por actos realizados entre vivos o por medio de testamento.

⁵⁵ FIDEICOMISO. PATRIMONIO FIDEICOMITIDO.

“El fiduciario es titular de la propiedad fideicomitada, es decir, de cuantos patrimonios separados o autónomos de afectación se hubieren constituido con su intervención (fracción III del artículo 45 de la Ley General de Instituciones de Crédito); pero cada patrimonio fideicomitido y el general o propio de la institución fiduciaria, deben ser administrados con reglas propias, y especialmente cada patrimonio responde de sus propias deudas, las cuales permanecerán ajenas y sin influencia ni afectación de cada uno de ellos en los otros (fracciones XI y XIV del mismo artículo), naturalmente salvo los casos excepcionales que la ley prevé, en que la institución fiduciaria responde con su capital propio en el fideicomiso, como sucede particularmente en la hipótesis a que se refieren las fracciones IV y XII del citado artículo 45.

PRECEDENTES: Amparo directo 5567/74. Banco Internacional Inmobiliario, S.A., 15 de Junio de 1979. Mayoría de 3 votos. Ponente: José Alfonso Abitia Arzapalo. Séptima Época. Volumen 121-126, Parte Cuarta, página 74, Instancia: Tercera Sala.”

FIDEICOMISO, TITULARIDAD FIDUCIARIA, SU DIFERENCIACIÓN CON LA PROPIEDAD CIVIL

“Existe una gran diferencia entre la propiedad civil y la titularidad fiduciaria, pues en la Primera se tiene la facultad de gozar y disponer de un bien, solamente con las modalidades y limitaciones que fijen las leyes; en cambio en la segunda, el titular no tiene derecho de gozar del bien, porque no puede disponer para su provecho de la posesión y de los frutos, puesto que normalmente tales derechos se destinan al fideicomisario, que no lo puede ser la institución fiduciaria; y por otra parte, la titularidad fiduciaria solamente puede desarrollarse dentro de los límites fijados en el contrato de fideicomiso, mas esta circunstancia lleva a establecer que mientras que la fiduciaria desarrolle la titularidad que le fue conferida por el fideicomitente, sobre el bien afectado en fideicomiso, su actuación no podrá considerarse nula por ser contraria al tenor de leyes prohibitivas o de interés público.

PRESEDENTES: Amparo directo 2158/76. Ma. De los Dolores Teresa Saldívar Porras y coags.25

De julio de 1980. 5 votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez.

Véase: Séptima Época. Volúmenes 133-138, Cuarta Parte, pág. 97”

Tratándose de bienes inmuebles, el artículo 388 de la (LGTOC) dispone que el fideicomiso deberá inscribirse en la Sección de la Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra tercero, en el caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el registro. Tratándose de bienes muebles, el artículo 389 de esta ley expresa que el fideicomiso surtirá efectos contra tercero, desde la fecha de su inscripción en la Sección Única del Registro Único de Garantías Mobiliarias del Registro Público de Comercio.

Asimismo, se tienen las siguientes consideraciones:

El fideicomiso es un contrato, es decir, produce o transfiere obligaciones y derechos entre las partes. En este contrato, el fideicomitente es el propietario de ciertos bienes y es su voluntad destinarlo a un fin lícito y determinado, para lograrlo, requiere los servicios de una institución fiduciaria.

“... El fideicomiso es un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud de la cual éste destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito o determinado y la ejecución de los actos que tiendan al logro de ese fin, deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello...”⁵⁶.

⁵⁶ Sánchez Vega, Alejandro, La estrategia fiscal mediante contratos de fideicomiso, 2º, México, Instituto Mexicano de Contadores Públicos, 2011, p.114

Al respecto, los Tribunales han sustentado cierta definición⁵⁷

Objeto del Fideicomiso

Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la Ley, sean estrictamente personales de su titular. Los bienes que se den en fideicomiso se consideran afectos al fin al que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo lo que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes con anterioridad a su constitución, por los fideicomisarios o por terceros.

El objeto del fideicomiso se encuentra regulado por los artículos 381 al 407 de la LGTOC, conforme al artículo 386⁵⁸ de la misma.

⁵⁷ FIDEICOMISO, CONCEPTO DE.

“El fideicomiso es un acto jurídico que debe constar por escrito, y por el cual una persona denominada fideicomitente destina uno o varios bienes a un fin lícito determinado, en beneficio de otra persona llamado fideicomisario, encomendando su realización a una institución bancaria llamada fiduciaria, recibiendo ésta la titularidad de los bienes, únicamente con las limitaciones de los derechos adquiridos con anterioridad a la constitución del mismo fideicomiso, por las partes o por terceros, y con las que expresamente se reserve el fideicomitente y las que para él se deriven del propio fideicomiso. De otro lado, la institución bancaria adquiere los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fin, y la obligación de sólo dedicarlos al objetivo que se establezca al respecto, debiendo devolver los que se encuentren en su poder al extinguirse el fideicomiso salvo pacto válido en sentido diverso.

PRECEDENTES: Amparo directo 45/71. Crédito Algodonero de México, S.A. 16 de marzo

De 1977. 5 votos . Ponente: Gloria León Orantes.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Época: Séptima Época, Volumen: 97-102,

Parte Séptima, página 71, Instancia: Sala Auxiliar.”

⁵⁸ “...Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquéllos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular.

Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan, y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la

De lo anterior, se hacen los siguientes comentarios:

El fideicomiso es un acto jurídico, es decir, se basa en la voluntad de las partes, misma que deberá constar por escrito.

En este contrato, el fideicomitente es el propietario de uno o varios bienes y es su voluntad destinarlo a un fin lícito y determinado, a favor de un fideicomisario, para lograr tal fin requiere de los servicios de una institución bancaria, denominada fiduciaria.

La institución fiduciaria tendrá la titularidad legal de los bienes objeto del fideicomiso y los destinará únicamente a los fines lícitos especificados en el contrato.

Cuando el fideicomiso recaiga en bienes inmuebles, éstos deberán registrarse en el Registro Público de la Propiedad del lugar en que se encuentren los bienes⁵⁹.

Con el objeto de contar con un orden de agrupación de los diferentes servicios fiduciarios para efectos de su contabilización, la H. Comisión Nacional Bancaria, estableció en abril de 1970 la clasificación siguiente, así como algunos otros tipos de fideicomiso:

- Fideicomiso de administración

- i. Se caracterizan porque mediante ellos, el fideicomitente entrega los bienes que constituyen su patrimonio al fiduciario para que los administre.

constitución del fideicomiso, por el fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros. La institución fiduciaria deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad...”

⁵⁹ op.cit. 53, p.161.

- Fideicomiso de garantía

- ii. Son aquéllos en donde el deudor fideicomitente, transmite la titularidad de los bienes afectos en garantía (inmuebles, muebles o derechos) a una institución fiduciaria, que actúa como intermediaria para garantizar al acreedor fideicomisario el cumplimiento de una obligación contraída por el fideicomitente.

- Fideicomiso de inversión

- iii. Es aquél mediante el cual el fideicomitente destina ciertos bienes a la institución fiduciaria, para que los invierta de acuerdo con sus instrucciones o en forma discrecional, procurando alcanzar los mayores rendimientos a favor del fideicomisario.

- Fideicomisos mixto

- iv. Es el fideicomiso que por su finalidad se tiene que recurrir a labores de inversión, administración y garantía, en forma simultánea.

- Fideicomisos en zona restringida

- v. Se constituye este tipo de fideicomiso como consecuencia del artículo 27, fracción I de la Constitución Federal, a favor de quienes están impedidos para adquirir el dominio de tierras y aguas en una franja de 100 kilómetros a lo largo de la frontera y de 50 kilómetros en las playas. Es decir, este fideicomiso permite el uso y aprovechamiento de bienes inmuebles localizados dentro de la zona restringida antes señalada.

- Fideicomiso público

- vi. La Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria señala en su artículo 9 el concepto que a la letra dice: “Que son los que constituye el Ejecutivo Federal, por conducto de la SHCP en su carácter de fideicomitente únicamente de la administración pública centralizada, o las entidades, con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias y estratégicas del desarrollo. Asimismo son fideicomisos públicos aquéllos que constituyan los Poderes Legislativo y Judicial y los entes autónomos a los que asignen recursos del Presupuesto de Egresos a través de los ramos autónomos”.⁶⁰

⁶⁰ op.cit.30, pp. 137, 138.

Los contratos de fideicomiso pueden ser elaborados, entre otras, en las siguientes modalidades:

- Públicos. Son aquéllos constituidos por el Gobierno Federal sobre bienes de dominio público, donde el Ejecutivo Federal es el fideicomitente.
- Privados. Se constituyen por personas físicas o morales particulares, sobre sus propios bienes y para beneficio de personas particulares.
- Condicionales. Su existencia depende del cumplimiento de una obligación.
- Revocables. Existe cuando el fideicomitente se reserva este derecho expresamente, al constituir el fideicomiso.
- Irrevocables. Existe cuando el fideicomitente no se reserva este derecho de revocación expresamente, al constituir el fideicomiso y se haya cumplido la obligación principal del mismo.
- Gratuitos. Cuando el fideicomisario no otorga una contraprestación al fideicomitente por el beneficio recibido.
- Onerosos. Cuando el fideicomisario otorga una contraprestación al fideicomitente por el beneficio recibido.
- Con fideicomisario. Cuando se designa uno o varios fideicomisarios.
- Sin fideicomisario. De conformidad con el artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado, y conste la aceptación del encargo por parte del fiduciario.

En cuanto a su conformación, en el fideicomiso participan principalmente los siguientes actores⁶¹

- Fideicomitente:
 - Es la persona que afecta su patrimonio en fideicomiso. De conformidad con el artículo 384 de la (LGTOC).

⁶¹ op. cit. 56, pp. 121, 122, 128, 153, 154.

- Sólo pueden ser fideicomitentes las personas con capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso, según sea el caso, así como las autoridades judiciales o administrativas competentes para ello.
- Fideicomisario:
 - El fideicomisario puede ser una o varias personas, físicas o morales, con capacidad para recibir el provecho que el fideicomiso implica. La regulación de esta figura jurídica se encuentra en los artículos 382, 383 y 390 de la (LGTOC), que dispone, de conformidad con el artículo 382:
 - Pueden ser fideicomisarios las personas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica. El fideicomisario podrá ser designado por el fideicomitente en el acto constitutivo del Fideicomiso o en un acto posterior.
 - El fideicomiso será válido, aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado, y conste la aceptación del encargo por parte del fiduciario.
 - Es nulo el fideicomiso que se constituye a favor del fiduciario salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, y en las demás disposiciones legales aplicables.
 - La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos que tengan por fin servir como instrumentos de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales.

- En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de interés.
- Con base en el artículo 383 de la LGTOC:
- El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 394 de la LGTOC.
- Cuando sean dos o más fideicomisarios y deba consultarse su voluntad, en cuanto no esté previsto en el fideicomiso, las decisiones se tomarán por mayoría de votos computados por representaciones y no por personas. En caso de empate, decidirá el juez de primera instancia del lugar del domicilio del fiduciario.
- Fiduciario:
 - Es una institución de crédito autorizada para el adecuado manejo del patrimonio del fideicomitente en fideicomiso, así como para lograr el fin u objeto del fideicomiso.
 - De conformidad con el artículo 385 de la LGTOC:

Sólo pueden ser instituciones fiduciarias las expresamente autorizadas para ello conforme la ley.

En el fideicomiso podrán intervenir varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el cargo de fiduciario, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse.

Salvo lo que se prevea en el fideicomiso cuando, por renuncia o remoción, la institución fiduciaria concluya el desempeño de su

cargo, deberá designarse a otra institución fiduciaria que la substituya. Si no fuere posible esta substitución, el fideicomiso se dará por extinguido.

- Conforme al artículo 391 de la Ley de la materia:

La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo: estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo; no podrá excusarse o renunciar su encargo, sino por causas graves a juicio de un Juez de Primera Instancia del lugar de su domicilio...

La eficacia jurídica la entendemos como la validez que le otorgan los órganos jurisdiccionales a los contratos de fideicomiso; es decir, que sus efectos son reconocidos por dichos tribunales en caso de controversia. A continuación se transcribe una tesis de jurisprudencia en la cual no se otorga esta eficacia jurídica a un contrato de fideicomiso⁶²:

⁶² “Novena época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Junio de 1996

Tesis: XXI. 1º. 24 C

Página 806

CONTRATO DE FIDEICOMISO, EFICACIA JURÍDICA DEL. Si en ejercicio de la acción de tercería excluyente de dominio, se aportó el permiso expedido por la Secretaría de Relaciones Exteriores, para la celebración de un contrato de fideicomiso, pero si en el mismo se estableció, terminantemente, que de no usarse dentro del término de noventa días hábiles siguientes a su fecha de expedición, la autorización dejaría de surtir efectos; en tal circunstancia, si al realizarse el cómputo respectivo, se arribó a la convicción de que el permiso en cuestión, se utilizó extemporáneamente; la consecuencia lógica y jurídica es que la institución financiera quejosa, adquirió el dominio del bien en litigio, como fiduciaria, sin la existencia de la autorización exigida por el artículo 18 de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión

Cabe mencionar que en la industria del desarrollo inmobiliario en México, es práctica cada vez más común aportar, ya sea: i) bienes inmuebles; ii) recursos financieros para desarrollar bienes inmuebles, iii) contratar deuda, en o desde fideicomisos en función de los cuales se realiza o no el arrendamiento y/o venta de los inmuebles fideicomitidos.

i) Fideicomisos a través de los cuales se realizan actividades empresariales.⁶³

El tratamiento fiscal de los fideicomisos en los que se realizan actividades empresariales está contenido en el artículo 13 de la LISR.

Para determinar si son o no empresariales las actividades realizadas a través de un fideicomiso debe estarse a lo dispuesto en la Ley del Impuesto sobre la Renta y únicamente en su defecto o por remisión expresa de ella puede aplicarse lo previsto en el CFF al respecto, según lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1.

La LISR en su artículo 13 relativo a los fideicomisos en los que se realizan actividades empresariales no define lo que debe entenderse por actividades empresariales, pero sí lo hace en la fracción I de su artículo 100 al referirse a los ingresos de las personas físicas residentes en México derivados

Extranjera, lo que acarrea que el contrato de fideicomiso se encuentre desprovisto de eficacia jurídica para acreditar el pleno dominio requerido para la procedencia de la tercería excluyente de dominio.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 572/95 Banca Serfin, S.A. de C.V., Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero Serfin. 11 de enero de 1996 Unanimidad de votos. Ponente: Joaquín Dzib Núñez. Secretario: Eduardo Alberto Olea Salgado.”

⁶³ Trueba Fano, José Manuel, Tratamiento fiscal del fideicomiso, México, DOFISCAL Editores, 2011, p. 23.

de la realización de actividades empresariales y en la fracción VI de su artículo 175 que remite al artículo 16 último, párrafo del CFF para definir lo que debe entenderse por actividades empresariales realizadas por personas residentes en el extranjero.

El artículo 16 del CFF establece el concepto de actividades empresariales, considerando como tales a las actividades comerciales, las industriales, las agrícolas, las ganaderas, las silvícolas y las de pesca. Asimismo, define cada una de esas actividades, salvo las comerciales, respecto de las cuales indica que son aquellas distintas de las definidas, que de conformidad con las leyes federales tengan ese carácter.

Al respecto, el Código de Comercio en su artículo 75 dispone que son actos de comercio los conceptos listados en el mismo, pero esto no implica que la realización de alguno de ellos constituya una actividad comercial.

Cualquier actividad está constituida por una serie de actos realizados por personas con un propósito o fin específico.

Para que exista una actividad comercial se requiere la realización continua y constante de actos de comercio con el propósito de especulación comercial y quienes realizan esta actividad son comerciantes.

La realización esporádica de uno o varios actos de comercio sin ánimo de especulación comercial no constituye una actividad comercial y tan es así que la misma LISR en sus Títulos IV y V no considera que sean ingresos provenientes de actividades comerciales los ingresos por concepto de intereses, dividendos, ganancias por la enajenación de acciones y otros conceptos que derivan de la realización de actos de comercio.

La LISR en su Título IV relativo a los ingresos de las personas físicas residentes en México, divide estos ingresos en nueve grandes rubros que son los siguientes:

1. Salarios y en general ingresos generados por la prestación de un servicio personal subordinado;
2. Ingresos por actividades empresariales y profesionales;
3. Ingresos por arrendamiento y en general por otorgar el uso o goce temporal de bienes inmuebles;
4. Ingresos por enajenación de bienes;
5. Ingresos por adquisición de bienes;
6. Ingresos por intereses;
7. Ingresos por la obtención de premios;
8. Ingresos por dividendos y en general por las ganancias distribuidas por personas morales;
9. Otros ingresos.

La LISR hace una clara distinción entre los ingresos provenientes de las actividades empresariales y los ingresos por otros conceptos, como lo son el arrendamiento de bienes inmuebles, la enajenación esporádica de bienes, los intereses, los dividendos y otros ingresos.

Lo mismo sucede con los ingresos percibidos en México por residentes en el extranjero. La LISR hace una clara distinción entre sus ingresos

provenientes de actividades empresariales realizadas en territorio mexicano y sus ingresos provenientes de fuente de riqueza ubicada en México.

Los residentes en el extranjero únicamente están obligados a pagar el impuesto sobre la renta en México por sus ingresos provenientes de actividades empresariales cuando dichas actividades se realizan en territorio mexicano en un Establecimiento Permanente. Además, los residentes en el extranjero están obligados a pagar el impuesto sobre la renta en México por sus ingresos provenientes de fuente de riqueza ubicada en México, en el Título V de la LISR y las actividades realizadas para la obtención de dichos ingresos no se consideran empresariales en ese Título.

La LISR en su fracción VI del artículo 175 dispone que dentro de los ingresos provenientes de actividades empresariales, no se consideran incluidos los ingresos provenientes de fuente de riqueza ubicada en México a que se refieren los artículos 153 al 173 de esa misma Ley, entre los cuales se encuentran los ingresos por concepto de enajenación de bienes inmuebles, arrendamiento de bienes inmuebles, enajenación de acciones, operaciones financieras derivadas, dividendos, intereses y regalías.

En su obra *Tratamiento Fiscal del Fideicomiso*, el C.P. y Lic. José Manuel Trueba Fano, prestigiado consultor fiscal y ex asesor del Jefe del SAT, expone que no son empresariales las actividades realizadas a través de fideicomiso que generan ingresos para los fideicomisarios por concepto de arrendamiento de bienes inmuebles, enajenación de bienes inmuebles sin ánimo de especulación comercial, intereses, ganancias obtenidas en operaciones financieras derivadas de deuda y de capital, enajenación de acciones y dividendos porque la LISR considera que las actividades realizadas para la obtención de esos ingresos no son empresariales.

Para que la actividad realizada a través de fideicomiso sea empresarial se requiere que la institución fiduciaria realice actos de comercio en forma continua y constante con el ánimo de especulación comercial en provecho de los fideicomisarios, lo cual implica un riesgo para ellos que como tal puede generarles utilidades o pérdidas.

Las actividades empresariales dan como resultado una utilidad o pérdida en cada uno de los ejercicios en que se realizan y ésta es una característica esencial de ellas, sin la cual no pueden existir como tales.

A continuación se analizará el régimen fiscal de los fideicomisos en los que se realizan actividades empresariales contenido en el artículo 13 de la LISR.

La LISR en los primeros párrafos de su artículo 13 dispone expresamente lo siguiente:

“...Cuando se realicen actividades empresariales a través de un fideicomiso, la institución fiduciaria determinará en los términos del Título II de esta Ley, el resultado o la pérdida fiscal de dichas actividades en cada ejercicio y cumplirá por cuenta de los fideicomisarios las obligaciones señaladas en esta Ley, incluso la de efectuar pagos provisionales.

Los fideicomisarios acumularán a sus demás ingresos del ejercicio, la parte del resultado fiscal de dicho ejercicio derivado de las actividades empresariales realizadas a través del fideicomiso que les corresponda de acuerdo con lo estipulado en el contrato de fideicomiso y acreditarán en esa misma proporción el monto de los pagos provisionales efectuados por el fiduciario.

La pérdida fiscal derivada de las actividades empresariales realizadas a través del fideicomiso sólo podrá ser disminuida de las utilidades fiscales de ejercicios posteriores derivadas de las actividades realizadas a través de ese mismo fideicomiso en los términos del Capítulo V del Título II de esta Ley.

Cuando haya pérdidas fiscales pendientes de distribuir al extinguirse el fideicomiso, el saldo actualizado de dichas pérdidas se distribuirá entre los fideicomisarios en la proporción que les corresponda conforme a lo pactado en el contrato de

fideicomiso y podrán deducirlo en el ejercicio en que se extinga el fideicomiso hasta por el monto de sus aportaciones que no recupere cada uno de los fideicomisarios en lo individual.”

Las disposiciones anteriores consideran al fideicomiso como un vehículo a través del cual pueden realizar actividades empresariales las personas que participan en el mismo como fideicomisarios y les atribuyen el resultado fiscal del ejercicio de dichas actividades en la proporción que les corresponde a cada una de ellas en lo individual conforme a lo estipulado en el contrato de fideicomiso para que lo acumulen a sus demás ingresos del ejercicio en su declaración anual y acrediten en esa misma proporción los pagos provisionales efectuados por la institución fiduciaria.

Cuando las actividades empresariales realizadas en un ejercicio a través de un fideicomiso dan como resultado una pérdida fiscal, únicamente puede deducirse de las utilidades fiscales de ejercicios posteriores generadas por las actividades empresariales realizadas a través del mismo fideicomiso en el cual se generó la pérdida.

Sin embargo, si el fideicomiso se extingue antes de agotarse la deducción de las pérdidas fiscales, pueden los fideicomisarios deducir en lo personal el saldo pendiente y actualizado por inflación en la proporción que les corresponde a cada uno en lo individual conforme a lo estipulado en el contrato de fideicomiso hasta por el monto de sus aportaciones.

Para poder determinar si los fideicomisarios han recuperado o no sus aportaciones, la institución fiduciaria debe llevar una cuenta de capital de aportación por cada uno de ellos en la que registre las aportaciones en efectivo y en bienes que hagan al fideicomiso y los reembolsos de capital que se les hagan, considerando como reembolsos de capital las entregas de

efectivo o bienes provenientes del fideicomiso que les haga la institución fiduciaria hasta agotar el saldo de cada una de dichas cuentas.

Las entregas de efectivo o bienes provenientes del fideicomiso que les haga la institución fiduciaria a los fideicomisarios después de haberse agotado el saldo de sus cuentas de capital de aportación, no tendrán consecuencias en el impuesto sobre la renta porque necesariamente provendrían de utilidades que ya fueron acumuladas por ellos en lo personal.

El no permitirles a los fideicomisarios que puedan deducir en lo personal las pérdidas fiscales derivadas de las actividades empresariales realizadas a través de un fideicomiso mientras éste persista y que dichas pérdidas únicamente puedan deducirse de las utilidades fiscales de ejercicios posteriores de las actividades empresariales realizadas a través del mismo fideicomiso en que se incurrieron las pérdidas mientras subsista el mismo, tiene el propósito de evitar la manipulación fiscal de dichas pérdidas por parte de los fideicomisarios en perjuicio del fisco federal, pero su objetivo primordial es que no se vea afectado el negocio realizado en el fideicomiso con un impuesto sobre la renta que resultaría excesivo si no se deducen las pérdidas fiscales incurridas en ese negocio, respecto de las utilidades fiscales de ejercicios posteriores.

Resultaría aún más grave en los fideicomisos en los que se emiten certificados de participación que se colocan entre el gran público inversionista por la circulación que tienen dichos títulos en los mercados bursátiles y financieros y esa es la razón fundamental por la cual las pérdidas incurridas en un negocio realizado a través de un fideicomiso únicamente pueden ser deducidas de las utilidades fiscales de ejercicios posteriores generadas por ese mismo negocio y consecuentemente, no se les permite a los tenedores de esos títulos deducirlas en lo personal.

Hasta el 31 de diciembre de 2006, los fideicomisarios podían deducir en lo personal en la determinación de su utilidad fiscal del ejercicio proveniente de actividades empresariales, la pérdida fiscal incurrida en las actividades empresariales realizadas a través del fideicomiso, en la proporción correspondiente a su participación en el mismo, pero esto generaba distorsiones en el impuesto sobre la renta correspondiente a las actividades empresariales realizadas a través del fideicomiso cuando cambiaban los fideicomisarios después de haberse incurrido en dicha pérdida porque se incrementaba ese impuesto para los nuevos fideicomisarios al ya no poderse deducir esa pérdida de las utilidades fiscales de ejercicios posteriores derivadas de dichas actividades.

La deducción personal de la pérdida fiscal incurrida en las actividades empresariales realizadas a través del fideicomiso también presentaba problemas en el cálculo de los pagos provisionales del impuesto sobre la renta correspondientes a dichas actividades cuando participaban como fideicomisarios personas físicas con actividades empresariales propias y personas físicas sin actividades empresariales, porque no se podía deducir en el cálculo de dichos pagos la parte de la pérdida fiscal correspondiente a las personas físicas con actividades empresariales propias por haberse ya deducido en la determinación de su utilidad o pérdida fiscal propia derivada de dichas actividades y esto afectaba el flujo del fideicomiso en perjuicio de las personas físicas sin actividades empresariales propias que únicamente podían deducir su pérdida de las utilidades fiscales de ejercicios posteriores derivadas de las actividades empresariales realizadas a través del fideicomiso.

La utilidad o pérdida fiscal del ejercicio derivada de las actividades empresariales realizadas a través del fideicomiso se determina acumulando los ingresos generados por dichas actividades y deduciendo las erogaciones

respectivas, en igual forma que lo hacen las personas morales residentes en México, pero a los fideicomisos se les permite además la deducción de los bienes aportados al fideicomiso por los fideicomitentes que también son fideicomisarios sin que se cause el impuesto sobre la renta en la aportación de ellos.

Cuando el fideicomitente que aporta los bienes al fideicomiso es a su vez fideicomisario en el mismo y no recibe contraprestación alguna en efectivo o en otros bienes por ellos, se incorporan los bienes al fideicomiso, considerando como costo de adquisición de los mismos el monto original de la inversión actualizado aún no deducido o el costo promedio por acción, según sea el bien de que se trate que tenga el fideicomitente al momento de efectuar su aportación al fideicomiso y con ese costo de adquisición se registren en la contabilidad del fideicomiso y en la cuenta de capital de aportación del fideicomitente que los haya aportado.

En caso que los bienes aportados al fideicomiso regresen al fideicomitente que los aportó, los mismos se considerarán reintegrados al valor fiscal que tengan en la contabilidad del fideicomiso al momento en que sean reintegrados y en ese mismo valor se considerarán readquiridos por el fideicomitente que los aportó.

Lo comentado en los dos párrafos anteriores tiene como propósito que se incorporen al fideicomiso y se desincorporen del mismo sin consecuencias fiscales para los fideicomitentes y los fideicomisarios los bienes aportados por fideicomitentes que sean a su vez fideicomisarios y no reciban contraprestación alguna por la aportación de ellos.

La institución fiduciaria está obligada a efectuar pagos provisionales del impuesto sobre la renta por las actividades realizadas a través del

fideicomiso y esos pagos son acreditables contra el impuesto sobre la renta que causen los fideicomisarios por los ingresos derivados de dichas actividades, en la misma proporción en la que cada uno de ellos acumule esos ingresos.

Los residentes en el extranjero que participan como fideicomisarios en un fideicomiso en el que se realizan actividades empresariales tienen Establecimiento Permanente en México por las actividades empresariales realizadas en territorio mexicano a través del fideicomiso y deben presentar su declaración anual del impuesto sobre la renta por la parte que les corresponde en lo individual del resultado o la utilidad fiscal del ejercicio derivada de dichas actividades.

ii) fideicomisos que se dediquen a invertir en capital de riesgo en México (identificados en el argot fiscal bajo la denominación de FICAP⁶⁴)

El estímulo a los fideicomisos en capital de riesgo contenido en los artículos 192 y 193 de la LISR tiene como objetivo, fomentar la inversión en acciones emitidas por sociedades mexicanas residentes en México no listadas en bolsa de valores que se realice a través de fideicomisos constituidos para ello que reúnan los requisitos establecidos en dichos artículos.

A nivel mundial se ha desarrollado una actividad de inversión consistente en hacer aportaciones de capital a empresas no listadas en bolsa de valores a través de vehículos constituidos específicamente para ello que se conocen con el nombre de fondos en capital de riesgo.

⁶⁴ Ibídem, p.122.

La mayor parte de la inversión en capital en riesgo se encuentra en Europa Occidental y particularmente en los Estados Unidos de América y había sido muy poca esa inversión en México antes de elaborarse la iniciativa presidencial que se presentó ante las Cámaras para crear el estímulo en comento.

La poca inversión en capital en riesgo que existía en México se había hecho a través de vehículos constituidos en el extranjero porque no había en nuestro país un vehículo de inversión adecuado para canalizar las inversiones de capital de riesgo realizadas en el país.

Las inversiones en capital en riesgo no son líquidas porque no existe un mercado secundario en el que puedan monetizarse y son difíciles de valorar porque se trata de inversiones realizadas en empresas no listadas en bolsa cuyo valor proviene primordialmente de su potencial de crecimiento.

Los fondos de capital en riesgo en el mundo tienen el siguiente ciclo de vida:

- a) Los miembros del fondo hacen compromisos de contribuciones pero no depositan los recursos.
- b) Conforme se van materializando las oportunidades de inversión en empresas, el fondo hace llamadas de capital para invertir en las empresas.
- c) Cuando el fondo desinvierte en una empresa no reinvierte los recursos en otras, sino que les regresa los recursos a sus miembros.
- d) Al final, el fondo desinvierte en todas las empresas promovidas y se liquida. Si el fondo no logra vender su participación en alguna de sus empresas, les entrega a sus miembros las acciones de éstas.

Se elaboró una iniciativa presidencial presentada ante las Cámaras en la que se propuso la creación del estímulo contenido actualmente en los artículos 192 y 193 de la LISR con el propósito de darles un tratamiento fiscal adecuado a los fondos de capital en riesgo.

El artículo 192 de la LISR define cuál es la inversión en capital EN riesgo que se promueve con el estímulo, determina cuál es el vehículo que debe utilizarse para canalizar esa inversión y establece los requisitos que deben cumplirse.

La inversión en capital en riesgo promovida es la que se realice en la adquisición de acciones emitidas por sociedades mexicanas no listadas en bolsa de valores al momento de su adquisición, así como la que se realice en préstamos otorgados a esas sociedades para financiarlas.

El vehículo que debe utilizarse para estos efectos es el fideicomiso y en éste deben cumplirse los siguientes requisitos:

1. Que se constituya de conformidad con las leyes mexicanas y la fiduciaria sea una institución de crédito residente en México autorizada para actuar como tal en el país.
2. Que su fin primordial sea invertir en el capital de sociedades mexicanas residentes en México no listadas en bolsa de valores al momento de la inversión y participar en su consejo de administración para promover su desarrollo, así como otorgarles financiamiento.
3. Que al menos el 80% del patrimonio del fideicomiso esté invertido en las acciones que integren el capital o en financiamiento otorgado a las sociedades promovidas y el remanente se invierta en valores a cargo del gobierno federal inscritos en el Registro Nacional de Valores e

Intermediarios o en acciones de sociedades de inversión en instrumentos de deuda.

4. Que las acciones de las sociedades promovidas que se adquirieran no se enajenen antes de haber transcurrido al menos un periodo de dos años contado a partir de la fecha de su adquisición.
5. Que el fideicomiso tenga una duración máxima de 10 años.
6. Que al menos el 80% de los ingresos que reciba el fideicomiso en el año debe distribuirse a sus miembros a más tardar dos meses después de terminado el año.
7. Que se cumplan los requisitos que mediante reglas de carácter general establezca el Servicio de Administración Tributaria.

Se decidió que el vehículo de inversión fuese un fideicomiso constituido en México para facilitar los compromisos de inversión y las llamadas de capital que se hacen en los fondos de capital de riesgo y para darles transparencia fiscal. Esto tenía como propósito que las nuevas inversiones en capital en riesgo en el país fueran realizadas a través de fideicomisos constituidos en México, en lugar de hacerse a través de fondos de inversión de capital de riesgo constituidos en el extranjero.

El requisito de invertir en acciones de las sociedades promovidas o financiamiento otorgado a ellas al menos en 80% del patrimonio del fideicomiso se estableció bajo el supuesto de que los fondos de capital de riesgo no tienen recursos ociosos porque sus miembros únicamente se comprometen a hacer aportaciones y las hacen hasta que se materializa la adquisición de acciones de una empresa o el financiamiento a ella.

No obstante lo indicado en el párrafo anterior, el Artículo 310 del RLISR vigente para 2017, se otorga a los fideicomisos de capital de riesgo un plazo de cuatro años para alcanzar el 80% requerido.

La duración máxima del fideicomiso se limitó a diez años y la distribución mínima de los ingresos anuales se estableció en el 80% de ellos para proteger a los inversionistas de los administradores de los fondos de inversión de capital de riesgo, ya que muchos de ellos no habían recibido cantidad alguna por su inversión durante largo tiempo.

Por lo que respecta al requisito consistente en distribuir al menos el 80% de los ingresos que reciba en el año la institución fiduciaria provenientes del fideicomiso de capital en riesgo a más tardar dos meses después de terminado el año, existe una regla en la Resolución Miscelánea Fiscal para 2016 en la que se permite restar de esos ingresos los gastos, bonificaciones o devoluciones que hayan sido erogados en el año y sean estrictamente indispensables para la obtención de los ingresos, así como las provisiones para la creación o incremento de reservas complementarias de activo o de pasivo que se constituyan con cargo las adquisiciones o gastos del ejercicio, para determinar ese 80%.

Lo anterior deriva en un tratamiento equivalente al que se dispone para los fideicomisos empresariales, que distribuyen el resultado fiscal del fideicomiso, mismo que se obtiene de restar las deducciones a los ingresos obtenidos por el fideicomiso.

El artículo 193 de la LISR establece el tratamiento fiscal aplicable a las personas que invierten en capital de riesgo a través de fideicomisos constituidos en México que reúnan los requisitos antes comentados.

En su fracción I, el artículo 193 de la LISR dispone que las personas que invierten en capital de riesgo a través de los fideicomisos causan el impuesto en los términos de los Títulos II, IV o V, según les corresponda, por los ingresos que les entregue la institución fiduciaria provenientes de las acciones y valores que integren el patrimonio del fideicomiso o que deriven de la enajenación de ellos, así como por los provenientes de los financiamientos otorgados a las sociedades promovidas.

De lo anterior resulta que las personas que invierten en capital de riesgo a través de fideicomisos causan el impuesto sobre la renta en los términos de los Títulos II, III, IV o V de la LISR, según les corresponda a cada una de ellas en lo individual por los ingresos que reciba el fideicomiso provenientes de las acciones, valores o créditos fideicomitados hasta el momento en que la institución financiera se los entregue.

La institución financiera tiene la obligación de llevar una cuenta por cada tipo de ingreso que reciba provenientes de las acciones y los valores fideicomitados, así como de los ingresos derivados de la enajenación de ellos y de los ingresos provenientes de los financiamientos otorgados a las sociedades promovidas. En una de esas cuentas deben registrarse los dividendos recibidos por las acciones, en otra los intereses recibidos por los valores y las ganancias obtenidas por la enajenación de ellos, en otra más los intereses recibidos por el financiamiento otorgado a las sociedades promovidas y en una más las ganancias obtenidas en la enajenación de las acciones (fracción II del artículo 193).

Cada una de las cuentas a que se refiere el párrafo anterior se incrementa con los ingresos correspondientes a ella que reciba la institución fiduciaria y se disminuye con los ingresos que ella les entrega a los fideicomisarios provenientes de la misma.

El registro de los ingresos percibidos por la institución fiduciaria en las cuatro cuentas antes mencionadas tiene el propósito de identificar el tipo de ingreso que la institución fiduciaria les entrega a los fideicomisarios porque el tratamiento fiscal de dichos ingresos depende de quiénes sean los fideicomisarios que las reciban y del tipo de ingreso que se les entregue.

Para determinar el tratamiento fiscal de los ingresos entregados por la institución fiduciaria a las personas que son fideicomisarios, el artículo 193 fracción I se remite a lo Títulos II, IV o V de dicha Ley relativos a personas morales residentes en México (Título II), las personas físicas residentes en México (Título IV) y los residentes en el extranjero (Título V) para que cada una de esas personas tribute por esos ingresos conforme a lo dispuesto en el Título que les corresponda.

La institución fiduciaria también está obligada a llevar una cuenta por cada una de las personas que participe como fideicomitente y fideicomisario en el fideicomiso en el cual se registren las aportaciones efectuadas al fideicomiso por cada una de ellas en lo individual (fracción III del artículo 193 de la LISR).

La cuenta de aportaciones de cada persona se incrementa con las aportaciones efectuadas por ella al fideicomiso y se disminuye con los reembolsos de dichas aportaciones que les entregue la institución fiduciaria. El saldo de cada una de esas cuentas se actualizará por inflación al 31 de diciembre de cada año o antes si se efectúan aportaciones o reembolsos durante el año en cuestión.

Cuando los fideicomisarios son personas físicas residentes en México o personas residentes en el extranjero, la institución fiduciaria tiene la obligación de retenerles el impuesto que proceda por el tipo de ingresos que

les entregue en los términos del Título IV o V de la (LISR), respectivamente, o en su caso, conforme a lo dispuesto en los convenios para evitar la doble imposición fiscal celebrados por México con los países en que residan las personas residentes en el extranjero que perciban los ingresos. A las personas que pagan intereses a la institución fiduciaria por los valores fideicomitidos o los financiamientos otorgados o que adquieren de ella las acciones de las sociedades promovidas, se les releva de la obligación de retener el impuesto por esos ingresos (fracción IV del artículo 193 de la LISR).

La institución fiduciaria debe darles constancia de los ingresos entregados y en su caso, del impuesto retenido por ellos, así como de los reembolsos de las aportaciones, a las personas que los reciban como fideicomisarios (fracción V del artículo 193 de la LISR).

Aun cuando no es frecuente que las inversiones de capital de riesgo se enajenen porque no existe un mercado secundario en el que puedan enajenarse a terceros, se establece un tratamiento fiscal específico para determinar la ganancia en la enajenación de ellas en la fracción VI del artículo 193.

La enajenación de la inversión de capital de riesgo se realiza cuando uno de los fideicomisarios cede los derechos que tiene en el fideicomiso a un tercero y en ella se consideran enajenados los bienes fideicomitidos en la proporción que les corresponde a los derechos cedidos, conforme a lo dispuesto en la fracción VI del artículo 14 del CFF.

La ganancia en la enajenación de los bienes fideicomitidos del fideicomisario que cede sus derechos en el fideicomiso se determina restando del ingreso obtenido por la cesión de ellos, su costo comprobado de adquisición de esos derechos, siendo éste la cantidad que resulta de sumarle al

saldo que tenga su cuenta individual de aportación a la fecha de enajenación, la parte que le corresponda por esos derechos en lo individual de los saldos en las cuentas de ingresos comentada anteriormente y del saldo de la cuenta de utilidades fiscales netas de las sociedades promovías, a esa misma fecha.

La institución fiduciaria está obligada a llevar una cuenta en la que registre la participación correspondiente al fideicomiso en las utilidades fiscales netas de las sociedades promovidas por la inversión en ellas, que se generen a partir de la fecha en que se adquieran sus acciones en el fideicomiso y que formen parte del saldo de la cuenta de utilidad fiscal neta de dichas sociedades.

Al sumarse el costo comprobado de adquisición de los derechos en el fideicomiso que tenga el fideicomisario que los enajena la parte correspondiente a dichos derechos de los saldos de las cuentas de ingresos recibidos por la institución fiduciaria pendientes de entregar y del saldo de la cuenta de utilidades fiscales netas de las sociedades promovidas generado a partir de la fecha en que el fideicomiso adquirió sus acciones, se disminuye la ganancia gravable en la enajenación de esos derechos con esos ingresos y utilidades para el fideicomisario que los enajena.

Cuando el fideicomisario no ceda la totalidad de los derechos que tenga en el fideicomiso, sino solo una parte de ellos, el costo comprobado de adquisición de los derechos cedidos será el monto que resulte de multiplicar la cantidad a la que se refiere el párrafo previo al anterior por el porcentaje que resulte de dividir la participación porcentual en el fideicomiso que representen los derechos enajenados entre la participación porcentual en el fideicomiso que representen la totalidad de los derechos que tenga el fideicomisario a la fecha de enajenación.

En caso que se cedan derechos fideicomisarios que hayan sido adquiridos de terceros, el costo comprobado de adquisición de ellos del fideicomisario que los ceda únicamente se incrementa o disminuye, respectivamente, por la diferencia que resulte entre el saldo a la fecha de la cesión y el saldo a la fecha de adquisición de los derechos, de las cuentas de los ingresos recibidos por la institución fiduciaria pendientes de entregar y de la cuenta de utilidad fiscal neta de las sociedades promovidas generadas a partir de la fecha en que el fideicomiso adquirió sus acciones.

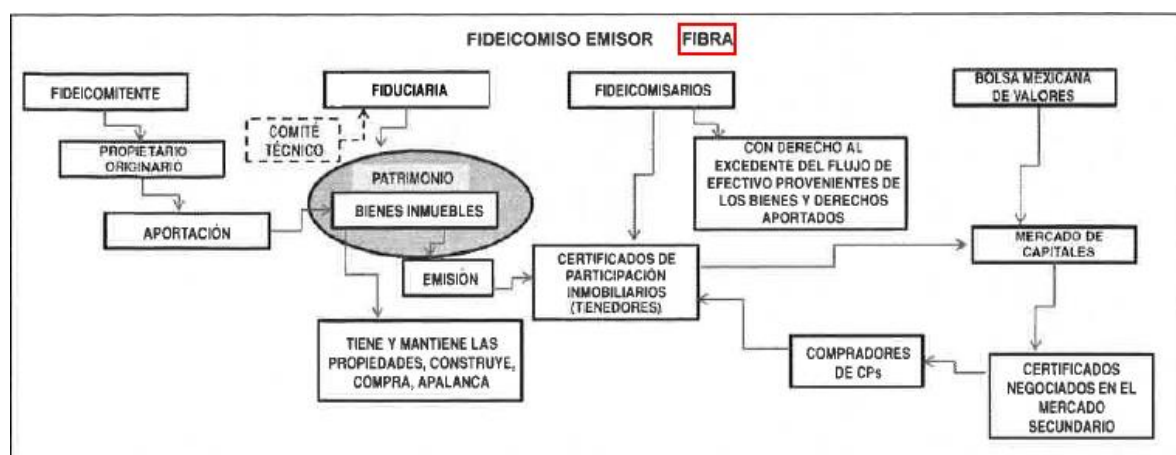
Como puede apreciarse, el tratamiento fiscal establecido en el artículo 193 de la LISR para los fideicomisos de capital de riesgo que cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 192 de la misma Ley, les permite a las personas que intervienen en ellos tributar en el impuesto sobre la renta en forma individual en los términos de dicha Ley que les corresponda a cada una de ellas, por los ingresos provenientes de las acciones y valores que integran el patrimonio del fideicomiso que la institución fiduciaria les entregue y en su caso de enajenar su participación en el fideicomiso, pueden incrementar su costo comprobado de adquisición de ella con los ingresos recibidos por la institución fiduciaria pendientes de entregar y las utilidades fiscales netas de las sociedades promovidas pendientes de distribuir que les corresponda a los derechos en el fideicomiso que se enajenen para determinar su ganancia.

iii) fideicomisos identificados como *pasivos*

Dentro de este tipo de fideicomisos principalmente se encuentran los ingresos por: a) intereses, b) ganancia cambiaria, c) ganancia proveniente de operaciones financieras derivadas de deuda o de capital, d) ganancia por la enajenación de certificados de participación o bursátiles fiduciarios emitidos al amparo de un fideicomiso de inversión en bienes raíces, e) dividendos; f) ganancia por la enajenación de acciones; g) ingresos provenientes del

arrendamiento de bienes inmuebles, a este tipo de fideicomisos, con motivo de percibir solamente ingresos distintos de los empresariales, de acuerdo con las disposiciones fiscales, no se les requiere el pago mensual de impuesto de impuesto sobre la renta (lo que en el argot fiscal se conoce como pagos provisionales mensuales), esto es un beneficio económico importante para los fideicomisarios que no distraen de manera mensual recursos para anticipar el pago del ISR anual que se llegue a causar con motivo de las actividades realizadas a través de este tipo de fideicomisos.

iv) fideicomisos cuyo fin sea dedicarse a la inversión inmobiliaria en México, en el argot fiscal a este tipo de fideicomisos se les conoce como *FIBRA*.



El estímulo a los fideicomisos de bienes inmuebles destinados al arrendamiento contenido en los artículos 187 y 188 de la LISR tiene como objetivo fomentar la constitución de fideicomisos emisores de certificados de participación cuyo patrimonio esté integrado por dichos bienes y la colocación de dichos certificados entre en gran público inversionista para que se amplíe la gama de valores en los cuales puedan invertir las Administradoras de Fondos para el Retiro (AFORES).

La colocación entre el gran público inversionista de títulos representados por bienes inmuebles que les dan a sus tenedores un ingreso en efectivo periódico proveniente del arrendamiento de ellos ha tenido un gran éxito en los Estados Unidos de América donde tuvieron su origen estos títulos hace más de 50 años. Dichos títulos se emiten en los Estado Unidos de América a través de una entidad o figura jurídica que tiene un tratamiento fiscal favorable, a la cual se le ha dado el nombre de REIT (Real Estate Investment Trust).

El REIT ⁶⁵ es un fideicomiso que es propietario de bienes inmuebles que generan rentas derivadas del arrendamiento de ellos, como lo pueden ser edificios de oficinas, departamentos, centros comerciales, hoteles y almacenes. Algunos REIT también se dedican a otorgar financiamiento para la adquisición de bienes inmuebles con garantía hipotecaria.

Para calificar como REIT para efectos fiscales en los Estados Unidos de América se requiere:

1. Que sea administrado por un consejo de administración o grupo de fiduciarios (*trustees*).
2. Que sus acciones o certificados (*shares*) puedan ser transferidos sin limitación alguna.
3. Que tengan al menos 100 accionistas o tenedores de certificados (*shareholders*).

⁶⁵Marvin S, Kahn, Taxation of Real Estate Investment Trusts, 1962, Editory Virginia Law Review.

4. Que no más del 50% de sus acciones o certificados (shares) esté en manos de cinco o menos personas físicas durante la segunda mitad del ejercicio fiscal.
5. Que al menos el 75% de sus activos sean bienes inmuebles destinados al arrendamiento o créditos otorgados para la adquisición de ellos.
6. Que los bienes inmuebles adquiridos o construidos permanezcan en propiedad de la entidad o figura jurídica al menos cuatro años.
7. Que al menos 75% de sus ingresos brutos provenga del arrendamiento de bienes inmuebles o de intereses devengados por préstamos otorgados para la adquisición de inmuebles.
8. Que no más del 20% de sus activos consista en acciones de sociedades subsidiarias que causen el impuesto sobre la renta en ese país.
9. Que paguen anualmente al menos el 90% de la utilidad fiscal del ejercicio a sus accionistas o tenedores de certificados (*shareholders*) como dividendos.

El tratamiento fiscal que se le da a los REIT en los Estados Unidos de América es:

- a) El REIT causa el impuesto sobre la renta por la utilidad del ejercicio, pero se le permite deducir de ella los dividendos pagados provenientes del arrendamiento de sus bienes inmuebles y del otorgamiento de préstamos hipotecarios, siempre que se distribuyan al menos el 90% de dicha utilidad en el pago de esos dividendos en cada ejercicio.

- b) Los accionistas o tenedores de los certificados (*shareholders*) causan el impuesto sobre la renta por los dividendos que el REIT les paga, considerándolos como ingresos ordinarios para efectos fiscales, salvo que una parte de los dividendos provenga de la enajenación de alguno de los bienes inmuebles arrendados, en cuyo caso esa parte se considera ganancia de capital para tales efectos.
- c) Cuando el REIT tiene ingresos provenientes de operaciones prohibidas, causa el impuesto sobre la renta por la utilidad derivada de esos ingresos, sin que se deduzcan de dicha utilidad los dividendos pagados a los accionistas provenientes de dichos ingresos. Se consideran operaciones prohibidas, entre otras, la venta o cualquier otra forma de enajenación de bienes inmuebles que hayan sido adquiridos o construidos para su enajenación (bienes de inventario) antes de haber transcurrido al menos cuatro años de su adquisición.
- d) Los accionistas causan el impuesto sobre la renta por la ganancia obtenida en la enajenación de sus acciones (*shares*) como sucede en cualquier enajenación de acciones.
- e) Los fondos de pensiones y jubilaciones están exentos del pago del impuesto sobre la renta por los dividendos que percibe del REIT y la ganancia obtenida de la enajenación de sus acciones, por tratarse de ingresos pasivos.

El tratamiento fiscal descrito anteriormente da como resultado que sean los accionistas quienes causen el impuesto sobre la renta por los ingresos percibidos por el REIT provenientes del arrendamiento de sus bienes inmuebles, del otorgamiento del financiamiento para la adquisición de dichos

bienes o de la enajenación de ellos, que el REIT les distribuya como dividendos.

Tomando en consideración el éxito que han tenido en los Estados Unidos de América los títulos emitidos por entidades que califican como REIT, las autoridades hacendarias decidieron crear un título con las mismas características que tuviera un tratamiento fiscal en México similar al que tienen esos títulos en los Estados Unidos.

Por lo anterior, se estableció por primera vez en la LISR un estímulo fiscal para promover la constitución de fideicomisos dedicados a la construcción o adquisición de bienes inmuebles destinados a su enajenación o a la concesión de su uso o goce, con vigencia a partir del 1 de enero de 2004.

El estímulo tenía un concepto erróneo de las características de los títulos emitidos por los REIT y su tratamiento fiscal era confuso y sumamente contradictorio.

En un segundo intento de promover la emisión de títulos similares a los emitidos por los REIT, se modificó el estímulo con vigencia a partir del 1 de enero de 2007, pero su tratamiento fiscal continuaba siendo sumamente confuso y contenía muchos errores conceptuales.

Finalmente, se reformó el estímulo contenido en la Ley del Impuesto sobre la Renta para promover la emisión de títulos similares a los emitidos por los REIT y darles un tratamiento fiscal similar al que se da a estos títulos en los Estados Unidos de América. La reforma entró en vigor a partir del 1 de enero de 2008 y está contenido actualmente en los artículos 187 y 188 de la LISR.

Como puede apreciarse el estímulo fiscal establecido en el artículo 187 de la LISR tiene como propósito fomentar la constitución de fideicomisos emisores de certificados de participación que se dediquen a la adquisición o construcción de bienes inmuebles dedicados al arrendamiento o a la adquisición del derecho a percibir ingresos provenientes del arrendamiento de dichos bienes, así como a otorgar financiamiento para esos fines, para que los certificados de participación emitidos por ellos se coloquen entre el gran público inversionista o bien sean adquiridos por un grupo de inversionistas integrado por al menos diez personas que no sean partes relacionadas entre sí.

Se establecen como requisitos para gozar del estímulo que al menos el 70% del patrimonio del fideicomiso esté invertido en los bienes inmuebles, los derechos o créditos a los que se refiere la fracción III del artículo 187 y el remanente se invierta en valores a cargo del Gobierno Federal inscritos en el Registro Nacional de Valores o en acciones de sociedades de inversión en instrumentos de deuda; asimismo que al menos el 95% del resultado fiscal del ejercicio inmediato anterior generado por los bienes integrantes del patrimonio del fideicomiso se distribuya entre los tenedores de los certificados a más tardar el 15 de marzo del ejercicio inmediato posterior.

Lo comentado en el párrafo anterior da como resultado que los certificados de participación que se emitan tengan las siguientes características:

1. Les dan a sus tenedores el derecho a una parte alícuota de los ingresos frutos o rendimientos que generen esos bienes, derechos o valores, así como el derecho a una parte alícuota del producto neto que resulte de la venta de éstos.

2. Sus tenedores reciben efectivo cada año proveniente del arrendamiento de los bienes inmuebles y del cobro de intereses derivados de los créditos y valores fideicomitados por una cantidad al menos equivalente al 95% del resultado fiscal del ejercicio obtenido en el fideicomiso que se distribuye entre ellos.
3. El valor de los certificados se incrementa con la plusvalía que tengan los inmuebles destinados al arrendamiento y esto puede darles una ganancia atractiva a sus tenedores cuando los enajenen.

Como puede observarse el objetivo principal del estímulo fiscal contenido en los artículos 187 y 188 de la Ley del Impuesto sobre la Renta es promover la emisión en México de un valor similar al que emiten los REIT en los Estados Unidos de América que estén respaldados por bienes inmuebles y les dé a sus tenedores un ingreso periódico proveniente del arrendamiento de dichos bienes.

Tal como fue mencionado con anterioridad, a los fideicomisos que cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 187 de la Ley del Impuesto sobre la Renta se les ha dado el nombre de FIBRA.

De acuerdo con los artículos 187 y 188 de LISR, a este régimen se le otorgan diversos beneficios, siendo uno de los más importantes el que los exceptúa de la obligación de presentar (y fondear) pagos provisionales mensuales de impuesto sobre la renta, al respecto, a la fecha este régimen fiscal ha sido fundamental para el repunte del desarrollo inmobiliario en México que, de manera paralela a la modificación al régimen legal al cual están sujetas las administradoras de fondos para el retiro, han llevado a FIBRA tales como FIBRA UNO a ser uno de los inversionistas más

importantes en el sector inmobiliario mexicano, al menos en los recientes años.

v) Fideicomisos de Garantía (no empresarial)

A este tipo de fideicomisos se afectan los inmuebles que son aportados a los acreedores que otorgan préstamos (en el mayor de los casos integrantes del sistema financiero) para el desarrollo de los proyectos inmobiliarios, de esta manera se otorga seguridad jurídica al otorgante de algún préstamo al ser designado fideicomitente-fideicomisario en primer lugar del fideicomiso de garantía al cual se hayan aportado inmuebles y/o bienes que sirvan de garantía para el pago del préstamo.

Lo anterior es así, y se puede confirmar con el hecho de que por disposición expresa de la Ley, sólo podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos que tengan como fin garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, las instituciones y sociedades siguientes:

- I. Instituciones de crédito;
- II. Instituciones de seguros;
- III. Instituciones de fianzas;
- IV. Casas de bolsa;
- V. Sociedades financieras de objeto múltiple;
- VI. Almacenes generales de depósito, y
- VII. Uniones de crédito.

Las instituciones y sociedades mencionadas en el artículo anterior, podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor.

Cuando así se señale, un mismo fideicomiso podrá ser utilizado para garantizar simultánea o sucesivamente diferentes obligaciones que el fideicomitente contraiga, con un mismo o distintos acreedores, a cuyo efecto cada fideicomisario estará obligado a notificar a la institución fiduciaria que la obligación a su favor ha quedado extinguida, en cuyo caso quedarán sin efectos los derechos que respecto de él se derivan del fideicomiso. Es importante hacer mención de que en la industria del desarrollo inmobiliario y la industria crediticia, sobre todo en fechas recientes, ha venido a más el uso de esta modalidad de uso de esta figura del fideicomiso de garantía, mismo que se replica al menos en dos ocasiones en un mismo proyecto inmobiliario.

Por su parte, es importante hacer mención a que el fideicomiso puede legalmente extinguirse en función de alguno de los siguientes supuestos:

I.- Por haber llegado a la realización del fin para el cual fue constituido;

II.- Por hacerse imposible la consecución del fin para el cual haya sido constituido el fideicomiso;

III.- Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución;

IV.- Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto;

V.- Por convenio escrito entre fideicomitente, fiduciario y fideicomisario;

VI.- Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso;

VII. En el caso de haber sido atacado de nulidad por los interesados por haberse configurado fraude en contra del fideicomiso, y

VIII. En el supuesto de que a la institución fiduciaria no se le haya cubierto la contraprestación debida, en los términos establecidos en el contrato respectivo, por un periodo igual o superior a tres años, la institución fiduciaria podrá dar por terminado, sin responsabilidad, el fideicomiso.

Extinguido el fideicomiso, si no se pactó lo contrario, los bienes o derechos en poder de la institución fiduciaria serán transmitidos al fideicomitente o al fideicomisario, según corresponda. Para que la transmisión antes citada surta efectos tratándose de inmuebles o de derechos reales impuestos sobre ellos, bastará que la institución fiduciaria así lo manifieste y que esta declaración se inscriba en el Registro Público de la Propiedad en que aquél hubiere sido inscrito.

En cuanto a los vehículos constituidos por residentes en el extranjero, el artículo 11 fracción VI del Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras establece la obligación para las instituciones de crédito a dar el aviso respectivo sobre la extinción de un

fideicomiso que se constituyó al amparo de los permisos previstos en el artículo 11 de la LIE⁶⁶

Lo anterior, en términos muy generales constituye el marco regulatorio sobre el cual se rigen los fideicomisos de acuerdo con las leyes mexicanas.

En adición a las modalidades de fideicomisos que pueden ser constituidos de acuerdo con las leyes mexicanas, los inversionistas del extranjero pueden optar por participar en la creación de un fideicomiso de acuerdo con las leyes de su país de residencia.

Sobre el particular, no debiera de dejarse de lado que de acuerdo con cifras reportadas por la SE por el periodo comprendido entre 2000 y 2013, Estados Unidos de América fue el inversionista del extranjero con mayor inversión extranjera directa en México (con una proporción del 47.6%), alcanzando en 2013 el 32%, enseguida de Bélgica que tenía el 37.7% (que en dicho año un Grupo empresarial residente fiscal en dicho país, Anheuser-Busch In Bev SA, consolidó la adquisición de la participación accionaria sobre Grupo Modelo -la compañía cervecera más grande de México- en cantidad de 20,100 millones de dólares), recibiendo el sector empresarial de servicios inmobiliarios el 3.7% del total de la inversión extranjera directa en dicho año.

Por lo general, los fideicomisos constituidos en el extranjero son transparentes fiscales en el país en que fueron constituidos, como sucede en México, salvo que tengan personalidad jurídica propia en ese país o se les dé personalidad exclusivamente para efectos fiscales en el mismo.

⁶⁶ op. cit. 30, p. 141.

Cuando los fideicomisos constituidos en el extranjero son transparentes fiscales en el país en que fueron constituidos, son las personas que participan en ellos como beneficiarios las que quieren tributar en ese país por los ingresos que obtienen a través del mismo, tal como sucede en México.

A los fideicomisos constituidos en el extranjero que son transparentes fiscales en el extranjero también se les da transparencia fiscal en México en la regla 3.18.25. de la Resolución Miscelánea Fiscal para 2016 cuando se trata de fideicomisos constituidos en países con los que México tenga en vigor un acuerdo amplio de intercambio de información para que sean las personas que participan en ellos los que causen el impuesto sobre la renta en México.

Es importante hacer mención de que en la industria inmobiliaria a nivel global, a efecto de identificar específicamente costos y gastos asociados con cada una de las propiedades en las cuales se haya invertido, así como de aislar componentes desde un punto de vista legal, es muy común al uso de fideicomisos que, en el caso del Estado de Nueva York, Estados Unidos de América, se tienen a los fideicomisos creados de acuerdo con el derecho común “*New York common law trusts*” (de acuerdo con su denominación en inglés). Este tipo de fideicomisos de acuerdo con las leyes de su país de residencia, carecen de personalidad jurídica propia (de manera análoga a lo que sucede con fideicomisos constituidos de conformidad con las leyes mexicanas). Específicamente la jurisprudencia del Estado de Nueva York, Estados Unidos de América describe a un fideicomiso como un derecho real, que recae directamente sobre una propiedad o simplemente sobre un derecho a los frutos de ésta. Asimismo, se puede entender a este tipo de fideicomisos como una relación fiduciaria con respecto a una propiedad, vinculando a la persona que es titular de los derechos reales sobre el inmueble, al ejercicio de obligaciones con respecto de la propiedad sobre la que recaen los derechos,

en beneficio de otra persona, en estos casos, una de las partes *-fideicomitente-* transfiere activos (que en el caso que nos ocupa pueden ser ya sea inmuebles o recursos ya sea para adquirirlos o desarrollarlos) a una fiduciaria con el objetivo de generar provecho en favor de beneficiarios *-fideicomisario-* (mismos que pueden ser otras personas físicas o morales o incluso pueden llegar a ser la mismas partes que hayan aportado los bienes (es decir el *fideicomitente* puede llegar a ser también el *fideicomisario*). Es importante hacer mención que, de manera análoga a como sucede en el caso de fideicomisos creados de acuerdo con las leyes Mexicanas, en el caso de fideicomisos creados de acuerdo con las leyes del Estado de Nueva York, Estados Unidos de América, la fiduciaria está dotada de la capacidad legal para comparecer a la firma de contratos en los cuales el fideicomiso en cuya representación está compareciendo la fiduciaria; contratos que habrán de causar al fideicomiso tanto derechos como obligaciones; desde luego habiendo sido dotada la fiduciaria de capacidad legal para representar al fideicomiso en la firma de contratos, eventualmente también estará facultada a comparecer a la presentación de demandas tendientes a la resolución de controversias que sean inherentes al patrimonio fideicomitado.

En resumen, un fideicomiso creado de acuerdo con las leyes del Estado de Nueva York, Estados Unidos de América, identificado bajo la denominación de *common law trusts*, carecen de personalidad jurídica propia, de acuerdo con lo dispuesto en las leyes al amparo de las cuales son creados.

Una vez mencionado lo anterior en cuanto al régimen legal aplicable a fideicomisos creados conforme a leyes extranjeras, resulta necesario mencionar la razón del por qué en México se les respeta el régimen legal que se les concede de acuerdo con las leyes vigentes en su país de residencia.

Es notable que en el Código Civil se dispone que las leyes mexicanas rigen a todas las personas (físicas y morales) que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en territorio mexicano o bajo su jurisdicción y aquéllos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero. Adicionalmente, en el mismo ordenamiento civil se dispone que la determinación del derecho aplicable se regulará conforme a las siguientes reglas:

I. Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas;

A su vez, se reconoce en el Código Civil que la existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, funcionamiento, transformación, disolución, liquidación y fusión de las personas morales extranjeras de naturaleza privada se regirán por el derecho de su constitución, entendiéndose por tal, aquél del estado en que se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas. En ningún caso el reconocimiento de la capacidad de una persona moral extranjera excederá a la que le otorgue el derecho conforme al cual se constituyó.

Por otro lado, resulta interesante mencionar que por muchos años las Islas Caimán fue considerado por la legislación fiscal mexicana primeramente como una jurisdicción de baja imposición fiscal, después como un territorio con un régimen fiscal preferente, sin embargo, en fechas recientes, las autoridades fiscales de Islas Caimán han entrado en la firma de diversos convenios con diversos países (incluido México), con motivo de lo cual México e Islas Caimán han firmado un acuerdo amplio de intercambio de información respecto del que las autoridades competentes de ambos países se

prestarán asistencia a través del intercambio de información que sea previsiblemente relevante para la administración y la aplicación de la legislación interna de ambas jurisdicciones, con respecto a los impuestos comprendidos por este Acuerdo, que en el caso de México quedaron incluidos el impuesto sobre la renta, el impuesto empresarial a tasa única y el impuesto al valor agregado, en el caso de Islas Caimán, quedó incluido cualquier impuesto establecido por las Islas Caimán que sea sustancialmente similar a los impuestos existentes de México. Dicha información deberá incluir aquélla que sea previsiblemente relevante para la determinación, liquidación y recaudación de dichos impuestos, para el cobro y la ejecución de los créditos fiscales o la investigación o enjuiciamiento de casos en materia tributaria; a este respecto, con motivo de la existencia del citado acuerdo amplio de intercambio de información, la autoridad fiscal mexicana ya no tiene etiquetada de manera adversa (al menos en materia fiscal) a las inversiones que provengan de los vehículos que sean creados de acuerdo con las leyes de dicho país.

El ordenamiento legal de Islas Caimán que regula a una Entidad Exenta de Responsabilidad Limitada es el “Exempted Limited Partnership Law, 2014”, que establece las reglas de derecho común aplicables en lo general a *partnerships*, incluida a las “*Exempted Limited Partnerships*”. De acuerdo con este ordenamiento legal, un *partnership* es la relación que subsiste y recae entre personas que llevan a cabo negocios en común tendientes a la obtención de utilidades. En lo específico, la ley en comento establece que una *Exempted Limited Partnership* está integrada por: a) dos o más personas identificadas bajo la denominación de *general partners* quienes deberán, en caso que los activos del *partnership* sean inadecuados, ser responsables-obligados con respecto a la totalidad de deudas y obligaciones contraídas por dicho vehículo; así como por b) dos o más personas

identificadas bajo la denominación de *limited partners* quienes **no** serán responsables-obligados con respecto a la totalidad de deudas y obligaciones contraídas por dicho vehículo. Es importante hacer notar que este multicitado ordenamiento de Islas Caimán sugiere en diversas partes una redacción que parece conducir inequívocamente a la conclusión de que las “*Exempted Limited Partnerships*” constituyen en esencia un vehículo en el cual se asocian *general y limited partners*, que cumple con el concepto que en la doctrina y jurisprudencia de los Estados Unidos de América se conoce como *partnership*, mismo que carece de personalidad jurídica propia, es decir, distinta de la de sus integrantes, en consecuencia, resulta dable concluir que este tipo de vehículos no tienen una personalidad jurídica distinta de las de sus integrantes y no establecen imposición fiscal directa⁶⁷.

Lo anterior resulta de mi interés, ya que en fechas recientes especialistas legales de inversionistas de países eminentemente exportadores de capitales, tal como los Estados Unidos de América, están sugiriendo a aquéllos clientes que pretenden realizar inversiones inmobiliarias en México, incorporar en alguno de sus niveles corporativos a entidades transparentes creadas de acuerdo con las leyes de Islas Caimán, al respecto, existe un vehículo Exento de Responsabilidad Limitada creado bajo dichas leyes , que es el mencionado en el párrafo anterior.

Por lo tanto pareciera resultar claro que el ordenamiento legal mexicano respecta a los vehículos creados bajo leyes extranjeras, el tratamiento legal que se les otorgue de acuerdo con las leyes de los países que conforme a sus leyes fueron constituidos. Atrayendo lo anterior al caso particular, en el caso de fideicomisos que se hayan constituido de acuerdo con

⁶⁷Bettinger Barrios, Herbert, *Paraísos Fiscales 2005*, 9º, México, Editorial: ISEF, 2005, pp. 33, 34.

las leyes del Estado de Nueva York, Estados Unidos de América, o bien de acuerdo con las leyes de Islas Caimán, en principio, se reconocerá en México el régimen de transparencia que es otorgado conforme a las leyes de tales países.

iii ENTIDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO AUTORIZADAS EN MÉXICO

En un lugar no menos importante con respecto a los países en los cuales residen inversionistas del extranjero que realizan inversiones directas en México, se tiene a Canadá que en el periodo de 2000 a 2013 se posicionó en la cuarta posición, habiendo alcanzando en dicho periodo una inversión directa acumulada en México de \$16,950 millones de dólares, lo que representó un 5% del total de la inversión extranjera directa en México.

De acuerdo con las leyes de Ontario, Canadá, las *Limited Partnerships*, (la traducción más adecuada al español sería la de sociedad en comandita simple) que son entidades que de acuerdo con la Ley de la materia y la Ley del Impuesto a las ganancias, ambas vigentes en Ontario, Canadá (*Canadian Income Tax Act R.S.C. 1985, c.1 5th Supplement*), este tipo de entidades pueden calificar como no sujetas a ser gravadas ni sobre los ingresos ordinarios ni sobre las ganancias de capital por si mismas, sino que pueden elegir ser consideradas como *transparentes* para efectos fiscales. En específico, la ley Canadiense del Impuesto a las ganancias establece que un *Partnership* debe reconocer y registrar sus ingresos/utilidades así como las ganancias/pérdidas de capital en las que incurra, siendo asignados éstos a los participantes en la *Partnership* en el año fiscal en que ocurran, siendo estos últimos los responsables de reconocer el ingreso e incorporarlo en su base gravable propia, si acaso.

En este orden de ideas, volviendo a las inversiones y régimen legal aplicable a inversionistas de los Estados Unidos de América, de acuerdo con las leyes de dicho país se tienen:

i) *Limited Liability Companies* (entidades que corporativamente operan de una manera muy similar a las Sociedades de Responsabilidad Limitada Mexicanas pero, para efectos impositivos de los Estados Unidos de América, puede ser elegido su tratamiento para ser considerada como ya sea como una Persona Moral Mexicana o bien como un vehículo transparente)⁶⁸;

ii) *Partnerships* (entidad que tiene más de un dueño, que no es sujeta al reconocimiento de ingresos para efectos fiscales por cuenta propia, sino que actúa como un vehículo a través del cual sus dueños - socios- pagan los impuestos a las ganancias que hayan generado como consecuencia de su participación en el citado vehículo⁶⁹;

iii) *Entidades ignoradas*, es una unidad de negocios que tiene un solo dueño, que se conserva como una entidad separada/distinta de su dueño (para efectos fiscales de los Estados Unidos de América, no es una entidad gravable por sí misma y su único dueño es el obligado a pagar todo aquél impuesto a las ganancias que se llegue a generar con motivo de las actividades realizadas a través de este vehículo).

Los tipos de entidades anteriormente listados, ya sea la entidad constituida de conformidad con las leyes de Ontario, Canadá, o bien las constituidas de acuerdo con las leyes de los Estados Unidos de América o en

⁶⁸ <https://www.irs.gov/uac/About-Publication-3402>

⁶⁹ <https://www.irs.gov/Businesses/Small-Businesses-%26-Self-Employed/Partnerships>

su caso las entidades constituidas de acuerdo con las leyes de Caimán, son entidades que pueden realizar actividades en México, lo anterior de acuerdo con las disposiciones de Código Civil anteriormente citadas en el desarrollo de este documento.

Ahora bien, para efectos fiscales, un residente en el extranjero, tal como puede ser cualquiera de las entidades anteriormente citadas, puede tributar ya sea como un Establecimiento Permanente o bien como un residente en el extranjero con fuente de riqueza ubicada en territorio nacional, cabe mencionar que en las siguientes páginas del presente documento se incluye una descripción de estos regímenes fiscales.

iv AUTORIZACIONES Y RESTRICCIONES PARA EXTRANJEROS PARTICIPANDO EN VEHÍCULOS DE INVERSIÓN MEXICANOS

En cuanto a las autorizaciones y restricciones se refiere, me parece que en las líneas previas de este documento se ha hecho referencia a disposiciones del Código Civil, Ley de Inversión Extranjera, Ley General de Sociedades Mercantiles, etc., en términos generales me parece que los términos y condiciones de las autorizaciones y restricciones para extranjeros pretendiendo realizar inversiones en México han sido incluidos en líneas anteriores.

• MODALIDADES JURÍDICAS APLICABLES A LA DESINVERSIÓN

i REEMBOLSOS DE CAPITAL

El artículo 1º de la LISR establece que están obligados al pago de este impuesto, entre otros; las personas morales así como los residentes en el

extranjero que tengan un Establecimiento Permanente en el país, respecto de los ingresos atribuibles al mismo, o bien residentes en el extranjero, respecto de los ingresos procedentes de fuente de riqueza situadas en territorio mexicano.

Para el caso de sociedades residentes en México para efectos fiscales, el artículo 78 de la LISR dispone el procedimiento de cálculo a partir del cual se debe determinar, en su caso, el impuesto sobre la renta que derive de una reducción de capital efectuada por una sociedad residente en el país.

Por su parte, en tratándose de la figura del Establecimiento Permanente, éste se encuentra obligado a pagar el impuesto sobre la renta en México por los ingresos que reciba, en la medida en que los mismos sean atribuibles a dicho Establecimiento Permanente.

El artículo 164 de la LISR señala que en los ingresos por dividendos o utilidades y en general por las ganancias distribuidas por personas morales, se considerará que la fuente de riqueza se encuentra en territorio nacional, cuando la persona que los distribuya resida en el país.

La fracción II del artículo 164 de la LISR establece que los establecimientos permanentes que efectúen reembolsos a su oficina central o a cualquiera de sus establecimientos en el extranjero, considerarán dicho reembolso como utilidad distribuida, incluyendo aquéllos que se deriven de la terminación de sus actividades, en los términos previstos en el artículo 78 del citado ordenamiento.

El artículo 78 de la LISR establece el procedimiento que los contribuyentes deben de seguir para determinar el impuesto sobre la renta a su cargo en caso que exista una reducción de capital, el cual consiste en efectuar dos cálculos paralelos que se prevén en las fracciones I y II de dicho

artículo. A fin de determinar el impuesto sobre la renta a cargo del Establecimiento Permanente por los reembolsos que realice a su oficina central, el propio artículo 164 de la LISR establece ciertos supuestos que deberán considerarse a efecto de poder realizar la determinación de la utilidad distribuida gravable en los términos del artículo 78 antes citado, entre los cuales se encuentran:

- i) El que se considerará como acción, el valor de las remesas aportadas por la oficina central o de cualquiera de sus establecimientos permanentes en el extranjero, en la proporción que éste represente en el valor total de la cuenta de remesas del Establecimiento Permanente;
- ii) Se considerará como Cuenta de Capital de Aportación (CUCA) a la Cuenta de Remesas de Capital (CURECA); y
- iii) El Establecimiento Permanente determinará una Cuenta de Utilidad Fiscal Neta (CUFIN), la cual se adicionará con la Utilidad Fiscal Neta (UFIN) del ejercicio del Establecimiento Permanente, la cual se determinará conforme al artículo 77 y a la cual se le adicionarán y disminuirán otros conceptos, entre los cuales se encuentran los reembolsos que realizan los establecimientos permanentes en caso de que se actualicen ciertos supuestos como se mencionará más adelante.

El saldo de la CURECA se compone de la suma de las remesas de capital percibidas de la oficina central o de cualquiera de sus establecimientos en el extranjero, y a dicha cuenta, también se le disminuirán las remesas de capital reembolsadas a dichos establecimientos en efectivo o en bienes.

El saldo de la CURECA que se tenga al último día de cada ejercicio se actualizará por el periodo comprendido desde el mes en el que se efectuó la última actualización y hasta el último mes del ejercicio de que se trate.

Cuando se reembolsen o envíen remesas con posterioridad a la actualización, el saldo de la cuenta que se tenga a la fecha del reembolso o percepción, se actualizará por el periodo comprendido desde el mes en el que se efectuó la última actualización y hasta el mes en que se efectúe el reembolso o percepción.

Como ya fue señalado, el artículo 164 de la LISR regula los supuestos en los cuales un residente en el extranjero con fuente de riqueza en México debe considerar que existe una utilidad distribuida por los reembolsos que realicen, remitiéndonos al artículo 78 de la ley en comento, que regula las reducciones o reembolsos de capital que realizan las personas morales mexicanas, considerando lo anterior, en términos generales, el procedimiento que debe aplicarse para determinar si existe una utilidad distribuida gravable en un reembolso que realice un Establecimiento Permanente puede esquematizarse de la siguiente manera:

Fracción I

Reembolso

– Saldo CURECA

= Utilidad distribuida de la fracción I

– CUFIN (del Establecimiento Permanente)

= Utilidad distribuida gravable

x 1.4286

= Utilidad distribuida gravable piramidada

x 30%

= Impuesto sobre la renta de la fracción I

Fracción II

Capital contable

– Saldo CURECA

= Límite que puede ser utilidad distribuida

Menor entre reembolso total y límite

– Utilidad distribuida total de la fracción I

= Utilidad distribuida

– CUFIN remanente (del establecimiento
permanente)

= Utilidad distribuida gravable

x 1.4286

= Utilidad distribuida gravable piramidada

x 30%

= Impuesto sobre la renta de la fracción II

Finalmente, cuando se lleve a cabo la determinación de los efectos del reembolso conforme a las fracciones I y II antes mencionadas, se estará obligado al pago del impuesto sobre la renta respecto de ambas fracciones.

Impuesto sobre la renta de la fracción I

+ Impuesto sobre la renta de la fracción II

= Total a pagar

En caso de que un Establecimiento Permanente lleve a cabo un reembolso de las remesas otorgadas por su oficina central, deberá determinar si por dicho reembolso existe una utilidad distribuida y, por ende, si debe pagar impuesto sobre la renta respecto de dicho reembolso, realizando el procedimiento antes descrito.

En específico, para la determinación de la utilidad gravable conforme a la fracción II, el artículo 78 de la LISR señala que deberá utilizarse el capital contable que, en este caso, será el que corresponda al Establecimiento Permanente. Por lo anterior, no se abundará en detalles de la forma en que tribute un Establecimiento Permanente en México. El mismo artículo establece que el capital contable deberá actualizarse conforme a los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, cuando la persona utilice dichos principios para integrar su contabilidad; en el caso contrario, el capital contable deberá actualizarse conforme a las reglas de carácter general que para el efecto expida el Servicio de Administración Tributaria.

Es claro que, en principio, las personas morales que efectúen reembolsos por reducción de capital o reembolso de remesas, deben determinar los efectos fiscales conforme a lo previsto en la fracción II del artículo 78 de la LISR, considerando como capital contable el saldo de dicha partida contable actualizado a la fecha del reembolso conforme a los

Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, cuando la persona utilice dichos principios para integrar su contabilidad.

En caso de que quien realice el reembolso no considere los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, deberá determinar el monto del capital contable conforme a las disposiciones aplicables contenidas en el Reglamento de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

Los contribuyentes que utilicen los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados para registrar sus operaciones y, por ende, para determinar el valor de su capital contable, por lo cual en el caso de realizar un reembolso deberá considerar el capital contable que determina conforme a los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados.

La contabilidad como una técnica para procesar información, sin duda alguna ha estado presente en toda la historia del hombre, iniciando como en todo en forma rudimentaria, sin embargo se desarrolló y se adecuó a las circunstancias y necesidades de sus usuarios, sigue evolucionando y transformándose según los requerimientos de sucesos mercantiles, fenómenos tanto económicos y naturales, sin dejar de considerar todos los sectores económicos, estableciendo una normatividad estandarizada en la micro y macro economía. La realización de actos comerciales transnacionales, la necesidad de flujo de información y la tecnología son causas que propiciaron el fenómeno de la Globalización, como un proceso de índole económico, tecnológico, cultural y social, inducido por países capitalistas, en concreto la Unión Europea, surgiendo lo llamado economías de mercado, es decir a nivel mundial, que implica la integración de economías locales y nacionales, quedando atrás las fronteras, donde los protagonistas principales son las empresas transnacionales y la libre circulación de capitales direccionados a una sociedad de consumo internacional.

Las incidencias no solo en las transacciones comerciales, sino también en las financieras, razón por la cual es necesario homogeneizar la normatividad aplicable a la preparación de información financiera dentro de la profesión de la contaduría.

Las principales organizaciones del gremio contable a nivel mundial acuerdan que la normatividad local debe estar a la par de las Normas Internacionales de Información Financiera, consumándose en un acuerdo.

El Instituto Mexicano de Contadores Públicos mediante la Comisión de Principios de Contabilidad, era la encargada de emitir la normatividad contable, pero a partir de 2004 esta función le corresponde al Consejo Mexicano de Normas de Información Financiera CINIF. De ahí al cambio de Normas de Información Financiera a las que nombraban, Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados. Esto es que el CINIF recibe los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados y sus circulares y una vez que han llevado a cabo el proceso de revisión y de auscultación son autorizadas, por lo que pasan a denominarse NIF's.⁷⁰

Estas normas entraron en vigor a partir del 1 de Enero de 2006 y en consecuencia rigen la profesión contable en México.

Antes de la entrada en vigor de las citadas NIF's, la profesión contable en México era regida por los boletines contenidos en los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, mismos que han sido renombrados y, en algunos casos modificados, y ahora se conocen como NIF's. Específicamente, durante el mes de julio de 2007 fueron modificadas las disposiciones referentes a la actualización de las partidas contables que

⁷⁰ Orozco Felgueres Loya, Carlos, Análisis Fiscal y Jurídico de las Normas de Información Financiera, México, DOFISCAL Editores, 2011, pp.2, 3.

conforman los estados financieros básicos a través de la emisión de la NIF B-10 misma que entró en vigor a partir del 1° de enero de 2008.

La normatividad establecida en la NIF B-10 es aplicable a todas las entidades que emitan estados financieros en los términos de la NIF A-3 (“Necesidades de los usuarios y objetivos de los estados financieros”).

De acuerdo con los cambios realizados a la NIF B-10, el objetivo de la misma es establecer las normas particulares para el reconocimiento de los efectos de la inflación en los estados financieros de las entidades.

En términos de la NIF B-10, se deben reconocer los efectos de la inflación en los estados financieros mediante la aplicación del método integral en los casos en que el entorno económico provoque que la moneda se deprecie de manera importante en su poder adquisitivo. Esto es, cuando la inflación acumulada de los tres ejercicios anuales anteriores es igual o superior al 26% y además de acuerdo con pronósticos económicos oficiales, se espera una tendencia en ese mismo sentido. En este orden de ideas, en la medida en que la inflación, incremento generalizado y sostenido en el nivel de precios de una canasta de bienes y servicios representativos en una economía, de los últimos tres ejercicios sea superior a 26%, será necesario llevar a cabo la determinación de los efectos conforme al procedimiento contenido en la NIF B-10.

La aplicación del método integral consiste en que todos los rubros que conforman la estructura financiera de la entidad, sin excepción alguna, deben calificarse como partidas monetarias o no monetarias, según proceda.

Se entiende como partidas monetarias, aquellas que se encuentren expresadas en unidades monetarias nominales sin tener relación con precios futuros de determinados bienes o servicios; es decir, su valor nominal no

cambia por los efectos de la inflación por lo que se origina un cambio en su poder adquisitivo.

Asimismo, por partidas no monetarias se debe entender aquellas cuyo valor nominal varía de acuerdo con el comportamiento de la inflación, por lo tanto no tienen un deterioro en su valor.

El capital contable es considerado como un rubro de las partidas no monetarias contenidas en el balance general. El monto del capital contable debe incluir en el saldo que deberá utilizarse para su actualización, entre otros conceptos: el monto de los reembolsos, dividendos decretados y capitalización de resultados acumulado.

A fin de reexpresar las partidas no monetarias, debe multiplicarse la cifra base de cada una de las distintas partidas por el factor de reexpresión. En el caso particular, el valor contable del capital contable deberá ser multiplicado por el factor de reexpresión correspondiente para efectos de conocer el valor que de acuerdo con la inflación le corresponde a dicha partida.

Es importante mencionar que en ejercicios anteriores, el boletín B-10, el cual estuvo vigente desde 1984 hasta la entrada en vigor de la NIF B-10, establecía que la reexpresión de las partidas contables no estaba sujeta a la comparación del entorno económico a fin de determinar la reexpresión de las partidas contenidas en los estados financieros de las entidades. Esto es, el régimen establecido en el Boletín B-10 era similar al actual, pero el procedimiento para determinar la actualización debía ser aplicado periódicamente sin importar factores macroeconómicos externos, como ahora lo prevé la NIF B-10, ya que considera un entorno inflacionario para el reconocimiento de la inflación en una entidad.

Conforme a lo anterior, es claro que se cumplen las reglas de aplicación de la NIF B-10 respecto del capital contable cuando el mismo no se haya actualizado en un periodo que no es considerado como inflacionario. Esto es, una entidad que utiliza las NIF's para llevar el registro de su contabilidad no debe realizar la actualización de una partida no monetaria como es el capital contable en el caso de un periodo no inflacionario.

Como fue señalado, el artículo 78 de la LISR establece que para determinar la utilidad gravable conforme a su fracción II los contribuyentes deben de considerar el capital contable actualizado conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados (ahora NIF's), por lo que para efectos del capital contable actualizado ya sea en caso de personas morales o de un Establecimiento Permanente en México, deberán estar actualizados conforme a la NIF B-10, la cual señala que los efectos inflacionarios deben ser reconocidos en caso de que las condiciones económicas así lo requieran.

Así, únicamente en caso de que la inflación acumulada de los tres ejercicios anuales anteriores sea igual o superior al 26%, se deberá aplicar el procedimiento contenido en la NIF B-10 al capital contable ya sea en caso de personas morales o de un Establecimiento Permanente en México.

Para la determinación de la utilidad gravable que se derivaría como consecuencia de llevar a cabo un reembolso de las remesas entregadas por la oficina central, una persona moral o un Establecimiento Permanente deberá considerar como el valor del capital contable que deberá disminuirse con el saldo de la CURECA de acuerdo con la fracción II del artículo 78 de la LISR, el importe que resulte de aplicar la NIF B-10.

Es decir, el importe del capital contable que deberá ser disminuido con el saldo de la CURECA debe ser actualizado de acuerdo con la

reglamentación que rige la profesión contable, la cual actualmente está regida por la NIF's; en específico, por la NIF B-10 antes mencionada.

Consecuentemente, el capital contable actualizado que ya sea una persona moral o un Establecimiento Permanente en México determine de conformidad con la NIF B-10 deberá ser el que utilice para efectos de llevar a cabo la determinación de la utilidad distribuida por el reembolso de las remesas de capital que se lleve a cabo a la oficina central o reembolso de capital a sus accionistas.

En caso que el contribuyente residente en México o un Establecimiento Permanente no llevara a cabo la actualización del capital contable conforme al procedimiento contenido en la NIF B-10, estaría sujeto a determinar el monto de dicha partida contable conforme a lo dispuesto en el Reglamento de la Ley del Impuesto sobre la Renta

ii DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES

Desde el punto de vista corporativo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley General de Sociedades Mercantiles, una sociedad de responsabilidad limitada o bien una sociedad anónima se encuentran en capacidad de efectuar el pago de dividendos a los titulares de las partes sociales o acciones emitidas por éstas.

En cuanto al tratamiento fiscal, el artículo 10 de la LISR regula el procedimiento de cálculo de la determinación del impuesto sobre la renta que, en su caso, provenga de la distribución de utilidades que aún no hayan pagado el impuesto corporativo (es decir, que no provengan del saldo que se tenga en la Cuenta de Utilidad Fiscal Neta) del contribuyente que realice el pago de dividendos.

En caso que una persona moral distribuya dividendos con motivo de los cuales realice el pago del ISR en los términos del citado artículo 10, dicho contribuyente tiene la opción de acreditar ese impuesto sobre la renta contra el mismo impuesto correspondiente al mismo ejercicio o, en su caso, dentro de los dos ejercicios fiscales inmediatos siguientes, contra el impuesto del ejercicio y contra los pagos provisionales del mismo. A este respecto, desde mi punto de vista, el acreditamiento de este *ISR por dividendos* que en su caso se llegue a causar y pagar puede acreditarse incluso antes de realizar el acreditamiento de pagos provisionales, lo cual en algunos casos puede dar lugar a la generación de saldos a favor por su parte en caso que no se logre acreditar el ISR por dividendos el mismo ejercicio fiscal en que se cause y pague, tal como se mencionó con anterioridad, se tiene máximo dos ejercicios fiscales más para tomarlo como acreditamiento ya que de no tomar ventaja de este acreditamiento, se pierde el derecho a hacerlo.

Resulta necesario mencionar que como parte de la reforma fiscal ocurrida en el ejercicio 2014, en caso que un Establecimiento Permanente realice el pago de dividendos y en general ganancias, dicho Establecimiento Permanente estará sujeto al pago de una tasa adicional de 10% sobre las utilidades o reembolsos realizada; para estos efectos, toda vez que esta es una contribución vigente en la ley del impuesto sobre la renta a partir del ejercicio fiscal 2014, resulta claro que sólo es aplicable a las utilidades o dividendos que se generen a partir de 2014, razón por la cual los establecimientos permanentes deben estar alertas a la identificación de los ejercicios fiscales en los cuales se generan las ganancias y, en su caso, en qué fecha se distribuyen, esto para efectos de evitar causar un impuesto a una distribución que haya sido generada incluso antes de la entrada en vigor de esta nueva disposición fiscal.

A manera de resumen, y derivado de la entrada en vigor de la sobre tasa del 10% a la distribución de utilidades, pareciera cobrar relevancia material voltear a ver la posibilidad de realizar una reducción de capital, antes incluso de intentar distribuir un dividendo, en caso que se pretenda realizar una distribución de efectivo a los inversionistas del extranjero correspondientes.

A este respecto, cabe señalar que se pueden en su caso, aplicar tasas reducidas de retención contenidas en Convenios para Evitar la Doble Tributación que México haya celebrado con otros países.

VI. MARCO FISCAL

En primera instancia, me parece necesario señalar que en materia tributaria, existe la posibilidad para el contribuyente de considerar si encuadra en el supuesto de exención.

Cabe señalar que la exención en materia tributaria es definida como la figura jurídico-tributaria por virtud de la cual se eliminan de la regla general de causación, ciertos hechos o situaciones, en principio gravables, por razones de equidad, de conveniencia o de política económica⁷¹.

⁷¹ Arrijo Vizcaino, Adolfo, Derecho Fiscal, 22ª Ed., México, Editorial Themis, 2014, p. 593.

EXENCIÓN APLICABLE A FONDOS DE PENSIONES Y JUBILACIONES DEL EXTRANJERO⁷²

La CPEUM, declara en su artículo 28 que “... quedan prohibidos... las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes.”. Se estima exacta la interpretación de la SCJN respecto a la prohibición contenida en el artículo 28 constitucional.⁷³

⁷² Registro No. 237838

Localización:
Séptima Época
Instancia: Segunda Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
139 – 144 Tercera Parte
Página: 78
Tesis Aislada
Materia(s): Administrativa

IMPUESTO, CAUSANTES DE, Y CAUSANTES EXENTOS. CONCEPTO.

Causante es la persona física o moral que, de acuerdo con las leyes tributarias, se ve obligada al pago de prestación determinada a favor del fisco; esta obligación deriva de que se encuentre dentro de la hipótesis o situación señalada en la ley, es decir, cuando se realiza el hecho generador del crédito. No causante, lógicamente, es la persona física o moral cuya situación no coincide con la que la ley señala como fuente de un crédito o prestación fiscal. Sujeto exento es la persona física o moral cuya situación legal normalmente tiene la calidad de causante, pero que no está obligada a entrar en el crédito tributario por encontrarse en condiciones de privilegio o franquicia.

Amparo en revisión 1532/79. Agustín Corona Romero y otros (acumulados). 27 de octubre de 1980. Cinco votos. Ponente: Carlos del Río Rodríguez. Secretario: Raúl Molina Torres.

Sexta Época, Tercera Parte:

Volumen CXXXVIII, página 25. Revisión fiscal 218/62. Seguros de México Bancomer, S.A. 27 de noviembre de 1967. Cinco votos. Ponente: José Rivera Pérez Campos. Secretario: José Tena Ramírez.

Quinta Época:

Tomo CI, página 1258. Revisión fiscal 15/49. Secretaría de Hacienda y Crédito Público (Beick Félix y Cia., S. en C.). 5 de agosto de 1949. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Octavio Mendoza González.

Nota: En el Tomo CI, página 1258, la tesis aparece bajo el rubro “IMPUESTO SOBRE LA RENTA, SUJETO DEL.”.

Genealogía:

Informe 1980, Segunda Parte, Segunda Sala, tesis 123, página 101.

Apéndice 1917-1985, Tercera Parte, Segunda Sala, quinta tesis relacionadas con la jurisprudencia 226, página 408.

Registro No. 233086

Localización:
Séptima Época
Instancia: Pleno
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
66 Primera Parte
Página: 81
Jurisprudencia
Materia(s): Constitucional, Administrativa

⁷³ IMPUESTOS, EXENCIÓN DE. ES CONSTITUCIONAL CUANDO SE ESTABLECEN CONSIDERANDO LA SITUACIÓN OBJETIVA DE LAS PERSONAS EXENTAS.

Interpretando en forma sistemática el artículo 28 constitucional y el artículo 13 de su reglamento se obtiene la conclusión de que la prohibición contenida en el primero de ellos respecto de la exención de impuestos debe entenderse en el sentido de que está se prohíbe cuando tiende a favorecer intereses de determinada o determinadas personas, y no cuando la exención de impuestos se concede considerando situaciones objetivas en que se reflejan intereses sociales o económicos en favor de categorías determinadas de sujetos.

Emilio Margáin Manautou define la exención como “Uno de los particularismos del derecho tributario, que es una figura establecida por el legislador por razones de equidad, de conveniencia o de comodidad”⁷⁴.

La prohibición de la exención establecida por la Constitución es para los casos en los que se quiera otorgar un privilegio individual a una o varias personas específicas, pero no cuando por razones de carácter social (cooperativas) o económicas (industrias de nueva creación o necesarias) y en leyes abstractas y generales, se autorizan las exenciones mencionadas. En otras palabras, no se contraviene el texto constitucional porque esos casos de excepción no se establecen en beneficio de un contribuyente en particular, sino de todos aquellos que se sitúan en la hipótesis normativa correspondiente⁷⁵.

En el año de 1992, como resultado del potencial de inversión que representaban los fondos de pensiones y jubilaciones extranjeros para México, comenzó la regulación fiscal en nuestro país sobre el régimen de exención con respecto a las inversiones efectuadas por los citados fondos de pensiones y jubilaciones del extranjero, situación que implicó la incorporación a nuestra legislación fiscal algunos principios y regímenes que permitieran armonizar la legislación correspondiente de nuestro país con la de

Séptima Época, Primea Parte.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 12, Primera parte, página 44, tesis de Rubro “IMPUESTOS, EXENCION DE. ES CONSTITUCIONAL CUANDO SE ESTABLECE CONSIDERANDO LA SITUACION OBJETIVA DE LAS PERSONAS EXENTAS”.

Genealogía:

Apéndice 1917-1985, Primera Parte, Pleno, tesis 52, página 104.

Apéndice 1917-1988, Primera Parte, Pleno, tesis 82, página 154.

⁷⁴ Carrasco Iriarte, Hugo, *Derecho fiscal constitucional*, 5ª Ed. México, Oxford University Press, 2010, p. 133

⁷⁵ *Ibidem*. p.132

aquéllos países con los que México había iniciado y negociado tratados para evitar doble imposición.

En términos generales este régimen consistía en exentar cierto tipo de ingresos obtenidos por fondos de pensiones y jubilaciones constituidos en los términos de la legislación del país del cual fueran residentes fiscales, siempre que estuvieran exentos del impuesto sobre la renta en su país de residencia y se registraran para tal efecto en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. La exención en comento permanece vigente hasta el presente ejercicio (no así el registro ante la SHCP), aunque ha sufrido modificaciones y precisiones durante su vigencia, por lo que el régimen fiscal de exención del impuesto sobre la renta aplicable por parte de fondos de pensiones y jubilaciones extranjeros al que actualmente hace referencia el artículo 153 de la LISR, atribuible a ciertos ingresos que obtengan de fuente de riqueza ubicada en territorio nacional, obedece a una práctica internacional a la cual se ha adherido a través de sus disposiciones fiscales.

Aunado a lo anterior, al remitirnos a la iniciativa de proyecto de reforma para el ejercicio fiscal de 1999 enviada por el Ejecutivo Federal al H. Congreso de la Unión, a través de la cual se propuso efectuar diversas modificaciones y adecuaciones a diversas leyes y ordenamientos federales para el ejercicio fiscal de 1999, en específico, a la Ley del Impuesto sobre la Renta, se señaló que con la finalidad de promover la entrada de recursos de fondos de pensiones y jubilaciones extranjeros en apoyo a la inversión en México, se proponía ampliar la exención para los ingresos obtenidos por estos fondos, provenientes del otorgamiento del uso o goce temporal de bienes inmuebles.

En principio, el beneficio de la exención aplicaba únicamente a las inversiones efectuadas en México directamente por parte de fondos de

pensiones y jubilaciones del extranjero a través de la inversión en inmuebles; no obstante, si los mismos se invertían en México a través de su participación en sociedades con tales inmuebles, se perdía la exención respecto de los ingresos obtenidos por dichas sociedades inmobiliarias, no obstante que fueran ingresos derivados del otorgamiento del uso o goce temporal de inmuebles indirectamente atribuibles a tales inversionistas extranjeros exentos.

Al respecto, el Congreso de la Unión aprobó para el ejercicio fiscal de 1999 diversas modificaciones, entre las cuales destacó la inclusión de la exención para las personas morales en las que participaran fondos de pensiones y jubilaciones del extranjero, por los ingresos que obtuvieran dichas personas morales, siempre que provinieran en un 90% exclusivamente del otorgamiento del uso o goce temporal de terrenos y construcciones adheridas al suelo y de la enajenación de acciones cuyo valor proviniera en más de un 50% de bienes inmuebles, terrenos y construcciones adheridas al suelo ubicadas en México. La exención otorgada fue limitada a la participación o proporción de tenencia accionaria que tuvieran los fondos de pensiones y jubilaciones del extranjero en las citadas personas morales.

De lo anterior, pareciera desprenderse que el legislador consideró que si la LISR otorgaba la exención para los ingresos por lo citados conceptos, derivados de las inversiones directas realizadas por fondos de pensiones y jubilaciones constituidos en el extranjero en proyectos de desarrollo inmobiliario ubicados en México destinados al otorgamiento del uso o goce temporal, era también congruente otorgar la misma clase de exención a los ingresos obtenidos por estos últimos a través de su inversión en sociedades desarrolladoras de tales proyectos inmobiliarios en México, a este último respecto, no pareció quedar perfectamente claro si las personas morales a las

que se pretendía otorgar esta clase de exención fueran o no exclusivamente personas morales mexicanas, razón por la cual parece que existen elementos para entender que puede entrar a esta exención también personas morales constituidas en el extranjero, a través de las cuales invirtieran fondos de pensión del extranjero.

Es importante no soslayar que pareciera que lo que busca la exención que se incorporó a la LISR a partir del ejercicio fiscal de 1999, es otorgar la misma exención que tenían los fondos de pensiones y jubilaciones del extranjero hasta el ejercicio de 1998 (inversión directa), a las personas morales en las cuales participan dichos fondos, ya que a través de esta nueva regulación se exenta a los ingresos que perciben las personas morales como si los fondos de pensiones y jubilaciones estuvieran obteniendo sus principales ingresos directamente y no a través de dichas personas morales.

Lo anterior, ya que la exención en comento señala que las personas morales deben obtener al menos el 90% de sus ingresos exclusivamente del otorgamiento del uso o goce temporal de terrenos y construcciones adheridas al suelo en México, y de la enajenación de acciones cuyo valor proviniera en más de un 50% de bienes inmuebles ubicados en México, dejando claro que las mismas únicamente deben llevar a cabo dichas inversiones inmobiliarias y no actividades adicionales.

Considerando que el volumen del capital requerido para el desarrollo de proyectos inmobiliarios es de grandes dimensiones, en muy pocos casos los desarrolladores inmobiliarios dejan de acudir a la opción de contratar deuda, muchas de las ocasiones en moneda extranjera, lo cual en ocasiones representa para las inversiones ya sea directas o indirectas, realizadas por fondos de pensiones y jubilaciones del extranjero, que tengan que determinar ciertos ingresos pasivos acumulables en los términos de la LISR (que es el

ajuste anual por inflación y/o la ganancia cambiaria). Al respecto, el Congreso de la Unión como consecuencia de haber escuchado las preocupaciones del sector inmobiliario, incorporó en la Ley de Ingresos de la Federación tanto para el ejercicio fiscal de 2012 como de 2013 una disposición que reconocía que cuando las personas morales que tengan como accionistas a fondos de pensiones y jubilaciones del extranjero que cumplieran con los requisitos establecidos en el artículo 179 de la LISR vigente durante los ejercicios fiscales 2012 y 2013, en el cálculo del 90% a que se refiere el penúltimo párrafo del citado artículo, podrán excluir de los ingresos totales, el ajuste anual por inflación acumulable y la ganancia cambiaria que deriven exclusivamente de las deudas contratadas para la adquisición o para obtener ingresos por el otorgamiento del uso o goce temporal, de terrenos o de construcciones adheridas al suelo, ubicados en el país. Para el ejercicio fiscal 2014 se incorporó en el artículo 153 de la LISR básicamente este mismo supuesto, lo cual concede a los fondos de pensiones y jubilaciones del extranjero un grado de confort adicional del cual ya gozaban en los ejercicios fiscales 2012 y 2013, en los cuales esta aclaración se hacía a través de la Ley de Ingresos de la Federación.

En resumen, cuando un fondo de pensiones y jubilaciones del extranjero se encuentra exento del impuesto sobre la renta de acuerdo con las leyes de su país de residencia, dicha exención fiscal en México será otorgada también, ya sea que los fondos de pensiones y jubilaciones del extranjero pretendan invertir en México de manera directa, o indirecta a través de otras sociedades.

En caso de no cumplir requisitos de exención y en todo escenario distinto al de exención fiscal, le es aplicable a residentes en el extranjero el Título II o bien el Título V de la LISR.

• ***PERSONAS MORALES MEXICANAS***

I. ASPECTOS FISCALES GENERALES, ASÍ COMO VENTAJAS DE OPERAR A TRAVÉS DE ENTIDADES Y FIDEICOMISOS CONSTITUIDOS CONFORME A LAS LEYES MEXICANAS

Tal como ha sido mencionado a lo largo de este trabajo, las personas morales mexicanas se encuentran sujetas al cumplimiento de diversas obligaciones de carácter corporativo, por su parte, en cuanto al tratamiento fiscal que les resulta aplicable a las mismas, éste se encuentra en términos generales en el Título II de la LISR, vale la pena señalar que en este mismo Título se encuentran contenidas las disposiciones fiscales que en materia de impuesto sobre la renta resultan aplicables a fideicomisos que con considerados como empresariales para efectos fiscales.

Cuando me refiero en el título de esta sección a las ventajas de operar a través de entidades y fideicomisos constituidos en México, me refiero al hecho de que aún cuando los recursos para el desarrollo sean invertidos a través de personas morales que, en su caso, se constituyan de conformidad con las leyes fiscales mexicanas, es un hecho que, sobre todo en fechas recientes y más aún en la industria del desarrollo inmobiliario, ha sido cada vez más frecuente la necesidad de interponer entre las personas morales a través de los cuales se inviertan los recursos, y las propiedades mismas, la existencia de fideicomisos.

Es importante advertir que de acuerdo con lo dispuesto en la LISR, cuando a través de un fideicomiso se realicen actividades empresariales, la fiduciaria determinará en los términos del citado Título II, el resultado o la pérdida fiscal de dichas actividades en cada ejercicio y cumplirá por cuenta

del conjunto de los fideicomisarios las obligaciones establecidas en dicha ley, incluso la de efectuar pagos provisionales.

Por su parte, los fideicomisarios acumularán a sus demás ingresos del ejercicio, la parte del resultado fiscal de dicho ejercicio derivada de las actividades empresariales realizadas a través del fideicomiso que corresponda, de acuerdo con lo estipulado en el contrato de fideicomiso y acreditarán en esa proporción el monto de los pagos provisionales efectuados por el fiduciario en su representación.

Como se desprende de lo anterior, la LISR no establece la obligación de pago del impuesto a los fideicomisos, sino a las personas (morales en el caso bajo estudio) que detentan la propiedad de los derechos fideicomisarios sobre el patrimonio afectado en fideicomiso, puesto que bajo la legislación mexicana, los fideicomisos constituyen solo contratos que no cuentan con personalidad jurídica propia.

En este orden de ideas, la LISR únicamente establece gravámenes a los miembros de los fideicomisos que realicen actividades empresariales y no así al caso de fideicomisos que sean constituidos con otra finalidad (por ejemplo, los fideicomisos de administración o garantía).

En el caso de fideicomisos extranjeros, el artículo 13 de la ley en comento establece que se considera que los residentes en el extranjero que sean fideicomisarios tienen Establecimiento Permanente en México por las actividades empresariales realizadas en México a través del fideicomiso. Para estos efectos, dichos fideicomisarios deberán presentar su declaración anual de impuesto sobre la renta por la parte que les corresponda del resultado o la utilidad fiscal del ejercicio derivada de tales actividades.

Como se puede observar, en términos de las disposiciones señaladas con anterioridad en materia fiscal, los contratos de fideicomiso son regulados como vehículos transparentes que permiten que los efectos fiscales de las operaciones celebradas a través de ellos sean reconocidos por los fideicomisarios, o en su caso, por los fideicomitentes de dichos fideicomisos.

Lo anterior es así aunque en el caso de fideicomisos que son considerados como empresariales se deban realizar pagos provisionales por las actividades que se realizan a través de los mismos, ya que dichos pagos se realizan por cuenta de los fideicomisarios.

Para efectos fiscales, los únicos contribuyentes del impuesto sobre la renta por ingresos derivados de la realización de actividades empresariales a través de un fideicomiso son aquellas personas con personalidad jurídica propia que participan como fideicomisarios en los mismos, tanto en el caso de residentes nacionales como el de residentes en el extranjero.

Por lo anterior, los fideicomisos no se encuentran en posibilidad de distribuir dividendos, puesto que lo anterior resulta aplicable al caso de entidades con personalidad jurídica propia, tal como es el caso de personas morales.

El artículo 7 de la LISR establece que cuando en dicha ley se haga mención a persona moral, se encuentran comprendidas, entre otras, las sociedades mercantiles (por ejemplo sociedades anónimas o de responsabilidad limitada), las instituciones de crédito, las sociedades y asociaciones civiles y la asociación en participación cuando a través de ella se realicen actividades empresariales en México.

Es evidente que los fideicomisos no se encuentran comprendidos dentro de las figuras que deben considerarse como personas morales, puesto

que se trata de un contrato y, para efectos fiscales, cuentan con la característica de ser transparentes, por lo que los efectos se generan para sus participantes.

Se define el término *dividendo*⁷⁶ como la cuota que, al distribuir ganancias una compañía mercantil, corresponde a cada acción.

Es decir, el pago de un dividendo corresponde al pago que deriva de ganancias obtenidas por sociedades mercantiles que han emitido acciones o títulos representativos de su capital, y no así para el caso de un contrato como lo es el fideicomiso. Adicionalmente, para el caso de los fideicomisos, los fideicomisarios cuentan con derechos sobre el patrimonio del mismo y no así con acciones representativas de capital, por lo que a sus participantes se les efectúan distribuciones de utilidades y no así distribuciones de dividendos.

En consecuencia, los fideicomisarios que participen en contratos de fideicomisos empresariales no deberán considerar los flujos o utilidades que perciban de los fideicomisos, como una distribución de dividendos; sin embargo, sí deberán acumular a sus demás ingresos del ejercicio, la parte del resultado o utilidad fiscal que les corresponda por la operación del fideicomiso.

Considerando lo anterior, el régimen de acumulación de ingresos aplicable a fideicomisarios es distinto al régimen aplicable a la distribución de dividendos previsto en la legislación mercantil y fiscal mexicanas. Si bien es cierto que con motivo de la entrega de los flujos de efectivo al fideicomisario se crea una obligación de pago de impuesto sobre la renta en México, dicha obligación de pago es imputable al beneficiario de los flujos (fideicomisario),

⁷⁶ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22^o, España, Espasa, 2001, p.568.

a diferencia de lo que sucede en el régimen fiscal aplicable a dividendos, en el cual la sociedad que distribuye el dividendo es la encargada de pagar el impuesto correspondiente.

Por lo antes mencionado resulta claro que el mantener las propiedades aportadas en fideicomisos, puede derivar en un manejo más ágil de las ganancias que, de tiempo en tiempo, se vayan generando en uno u otro proyecto en el que participe una persona moral, ya que, en caso que en lugar de tener aportadas las propiedades en fideicomisos, se tuvieran aportadas en otras sociedades, el manejo del flujo de efectivo en la estructura corporativa es mucho más complejo, al menos desde el punto de vista operativo y regulatorio.

- ***RESIDENTES EN EL EXTRANJERO CON ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN MÉXICO***

I. ASPECTOS FISCALES GENERALES, ASÍ COMO VENTAJAS DE OPERAR A TRAVÉS DE ENTIDADES Y FIDEICOMISOS CONSTITUIDOS EN EL EXTRANJERO

En términos generales cuando un residente en el extranjero realiza actividades en México, ya sea de manera directa o a través de fideicomisos, la manera en que debe reconocer el pago de impuestos a las ganancias es, ya sea a través de la configuración de un Establecimiento Permanente o a través de la identificación de ingresos con fuente de riqueza en México.

- **Establecimiento Permanente**

Conforme al criterio de la fuente de riqueza, las personas están obligadas al pago de tributos en un país si en él se origina el ingreso gravado

o se encuentran los bienes afectos al tributo, sin importar su nacionalidad, domicilio o residencia.

Conforme al criterio de Establecimiento Permanente, están obligadas al pago de tributo en un país las personas que sin tener domicilio o residencia en ese país, tengan en el un lugar de negocios en donde realicen actividades grabadas respecto de los ingresos atribuibles del establecimiento.

También se considera que existe Establecimiento Permanente, aun cuando no haya lugar de negocios en territorio nacional, si un residente en el extranjero actúa en el país a través de una persona física o moral que tenga y ejerza poderes para celebrar contratos a nombre del residente en el extranjero, tendientes a la realización de las actividades empresariales de este en el país. Que no sean de las mencionadas en el artículo tercero de la LISR.

Se considera Establecimiento Permanente en el momento en el que la empresa o entidad económica inicia sus actividades mediante un lugar fijo de negocios. Por tanto: Establecimiento Permanente: Es cualquier lugar de negocios en el que se desarrollen parcial o totalmente, actividades empresariales o se presten servicios independientes.

Como ejemplos de esta situación tenemos los siguientes: sucursales, agencias, oficinas, fábricas, talleres, instalaciones, minas, canteras o cualquier lugar de exploración, extracción o explotación de recursos naturales. Quedan comprendidas también cuando el residente extranjero actúa por medio de un intermediario, un fideicomiso, las aseguradoras –excepto cuando sea reaseguro-, agente independiente; en caso de servicios de construcción de obra y otros relacionados a los mismos, siempre y cuando duren más de 183 días naturales consecutivos en un año. Es de aclarar que se encuentran exceptuadas las maquilas.

En caso que un residente en el extranjero (persona física o moral) realice en México parcial o totalmente actividades empresariales, comprendidas dentro de éstas aquéllas referidas en el Código Fiscal de la Federación o en el Código de Comercio o que presten servicios personales independientes.

En cuanto a lo que se entiende por Establecimiento Permanente, resulta notable que los supuestos listados en la LISR, considerados como lugares que se consideran contemplados como aquéllos en los cuales las personas morales del extranjero pueden configurar un Establecimiento Permanente, son básicamente los mismos que aquéllos listados en los Tratados Internacionales firmados por México con diversos países del mundo, para Evitar la Doble Tributación. Para mayor claridad con respecto a lo que debe entenderse como Establecimiento Permanente, a continuación presento una comparativa de las disposiciones contenidas en la LISR respecto de las contenidas en el Tratado para Evitar la Doble Imposición Fiscal firmado entre México y los Estados Unidos de América:

Ley del ISR	Tratado México - Estados Unidos de América
Sucursales	Sedes de dirección
Agencias	Sucursales
Oficinas	Oficinas
Fábricas	Fábricas
Talleres	Talleres
Instalaciones	Minas
Minas	Pozos de petróleo o de gas
Canteras	Canteras
Cualquier lugar de exploración, extracción o explotación de recursos naturales	Cualquier lugar de extracción de recursos naturales
	Lugar de obra o construcción (en caso que la duración de ésta sea superior a 6 meses)

Por su parte, existen supuestos contenidos tanto en la Ley del Impuesto sobre la Renta como en los Tratados Internacionales para Evitar la Doble Tributación, bajo los cuales las personas físicas y morales del extranjero pueden tener actividades en México, sin configurar Establecimiento Permanente, cuando éstas actúen en el país a través de un agente independiente.

No obstante la existencia de la figura de agente independiente, desde mi punto de vista los supuestos de actividades que puede realizar un agente independiente, dentro del marco ordinario de actividades realizadas por inversionistas del extranjero en México en la Industria Inmobiliaria, es muy difícil pensar que un residente en el extranjero pueda actuar en México a través de un agente independiente, toda vez que los actos o actividades se realizan respecto de inmuebles ubicados en territorio nacional, por lo cual su comercio en distintas modalidades (ya sea venta o renta) complican y debilitan algún argumento que pretendiera utilizarse por un residente en el extranjero que pretenda invertir en el desarrollo inmobiliario en México.

A este respecto, a efecto de dar claridad plena a la imposibilidad práctica de que a un residente en el extranjero no le es posible actuar en México a través de agente independiente sin configurar Establecimiento Permanente en el país, a continuación una tabla comparativa que, por un lado contiene los supuestos contenidos en la LISR en los que se entiende que un agente independiente no actúa dentro del marco ordinario de sus actividades y por otro una colección de casos mencionados en el Convenio para Evitar la Doble Tributación firmado entre México y los Estados Unidos de América, bajo los cuales no se entiende configurada la figura de Establecimiento Permanente, se podrá advertir que es complicado, de suyo, caer en los

supuestos marcados por el Convenio para Evitar la Doble Tributación firmado entre México y los Estados Unidos de América:

Ley del ISR	Tratado México - Estados Unidos de América
1. Existencia de bienes o mercancías, con las que efectúen entregas por cuenta del residente en el extranjero	1. Uso de instalaciones con el único fin de almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías pertenecientes a la empresa
2. Asuma riesgos del residente en el extranjero	2. El mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin del almacenarlas, exponerlas o entregarlas
3. Actúe sujeto a instrucciones detalladas o al control general del residente en el extranjero	3. El mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de que sean transformadas por otra empresa
4. Ejercza actividades que económicamente corresponden al residente en el extranjero y no a sus propias actividades	4. El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes o mercancías o de recoger información para la empresa
5. Perciba remuneraciones independientemente del resultado de sus actividades	5. El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de hacer publicidad, suministrar información, realizar investigaciones científicas o preparar la colocación de préstamos, o desarrollar actividades similares que tengan el carácter de preparatorio o auxiliar para la empresa
6. Efectúe operaciones con el residente en el extranjero utilizando precios distintos de los que se hubieran utilizado entre partes independientes en operaciones comparables	6. El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin del ejercicio combinado de las actividades mencionadas en los apartados 1) al 5), a condición de que el conjunto de la actividad del lugar fijo de negocios conserve su carácter auxiliar o preparatorio

Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha establecido la presente definición respecto al Establecimiento Permanente. Es el sitio de operación por medio del cual se realizan total o parcialmente las actividades comerciales de una empresa, que incluye: una sede de administración, una sucursal, una oficina, una fábrica, un taller, entre otras.

El concepto que se maneja es el mismo que señala la LISR, incluyendo el lugar donde se presten los servicios independientes.

Como se podrá advertir de la tabla antes presentada y de lo que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico consideran acerca de lo que es un Establecimiento Permanente, el pretender que una persona física o moral del extranjero, cuyo fin último sea invertir en el negocio inmobiliario en México (ya sea con destino de renta o venta) y obtener rendimientos de éste, parece muy complicado, si no es que imposible, lograr encuadrar en alguno de los supuestos contemplados ya sea por la propia LISR bajo la figura de actuar a través de un agente independiente; o bien, evitar caer en la ficción fiscal de Establecimiento Permanente definida por el Tratado Internacional para Evitar la Doble Tributación firmado entre México y los Estados Unidos de América.

Otra de las modalidades muy comunes en la Industria Inmobiliaria en México es que los inversionistas, sean éstos indistintamente residentes en territorio nacional o residentes en el extranjero, participen directa o indirectamente a través de fideicomisos, hayan sido constituidos éstos ya sea en territorio nacional o en el extranjero.

Al respecto, con independencia de que un fideicomiso califique para efectos legales como un contrato a través del cual el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria, para efectos fiscales la figura propia del fideicomiso puede llegar a considerarse por la propia ley fiscal como un vehículo a través del cual se entiende se realizan actividades empresariales y en virtud de ellas la fiduciaria del fideicomiso incluso se encuentra obligada a presentar pagos provisionales de manera mensual, y al final del ejercicio la fiduciaria del fideicomiso determinará un resultado fiscal, informando al fideicomisario, que en el caso resulta ser el residente en el extranjero; éste se encontrará obligado a reconocer como ingresos acumulables las cantidades correspondientes al resultado fiscal que la fiduciaria le haya reportado; por su parte en caso que la fiduciaria determine una pérdida fiscal derivado de las actividades realizadas a través del fideicomiso, solamente podrá amortizarse únicamente contra las utilidades generadas por el mismo fideicomiso.

En materia de obligaciones fiscales formales, el Establecimiento Permanente se encuentra obligado a cumplir con la presentación de declaraciones, tanto a nivel provisional-mensual como a nivel anual.

Es importante advertir que al calificar el fideicomiso como un contrato, en caso que el residente en el extranjero realice sus inversiones a través de fideicomisos, entonces de acuerdo con lo dispuesto en la LISR detona la existencia de un Establecimiento Permanente.

En cuanto al lugar en el que se entiende que la persona física o moral del extranjero que participa en fideicomisos, se considerará como lugar de

negocios para dicho residente, es el lugar en que la fiduciaria realice tales actividades.

Las personas morales constituidas de acuerdo con las leyes de países distintos a México configuran, dadas ciertas circunstancias la existencia de un Establecimiento Permanente en México. Al respecto, éste no deja de ser un contribuyente para efectos fiscales en México, pero está dotado de ventajas, tales como no estar obligado al cumplimiento de diversos requisitos corporativos a los que sí están obligadas las sociedades mexicanas, tales como llevar un libro de accionistas, actas de constitución, aumento o reducción de capital y de pago de dividendos; esta diferencia de sociedades extranjeras y nacionales pudiera parecer irrelevante pero en la práctica cobra de relevancia material para un extranjero no estar obligado al cumplimiento de reglas corporativas que, de suyo, son propias de México.

De manera análoga se tiene la situación que un fideicomiso, al carecer de personalidad jurídica propia y no calificar como una entidad distinta de la de sus miembros, así como sucede para las entidades legales constituidas en el extranjero, se encuentra excluido del cumplimiento de reglas corporativas que, de facto, son aplicables a sociedades mexicanas, tales como las anteriormente mencionadas respecto de actas y documentos de constitución, movimiento en la participación de su capital, distribución de rendimientos (no así utilidades),etc.

En la práctica de la industria inmobiliaria en la que participan inversionistas del extranjero, es común encontrar a establecimientos permanentes que participan a través de fideicomisos (ya sea constituidos de acuerdo con las leyes de México o del extranjero), que con base en lo anteriormente mencionado, logran una movilidad de recursos tanto de inversión como desinversión más ágiles, comparado con las personas morales

mexicanas, ya que éstas sí se encuentran obligadas al cumplimiento de diversas normas legales – corporativas que a veces hacen más lenta la movilidad de los negocios en nuestro país, por el simple hecho de estar obligados a los distintos ordenamientos legales corporativos.

Un ejemplo de lo anterior es que ni a un Establecimiento Permanente ni a un fideicomiso constituido conforme a las leyes de México y más aún a los constituidos de conformidad con leyes del extranjero, no se encuentran obligados a tener un libro de accionistas, acta constitutiva, actas de aumento o reducción de capital, actas de pago de dividendos o rendimientos, acta de cierre del ejercicio, etc.

Considerando lo antes mencionado, es posible considerar que a un residente en el extranjero que pretenda realizar inversiones inmobiliarias en México, le puede resultar más atractivo hacerlo a través de un vehículo constituido de acuerdo con las leyes del país de residencia del extranjero, así como en un segundo nivel, a través de fideicomisos que, al ser un mero contrato que no otorga personalidad jurídica propia, no existe obligación de acuerdo con el marco corporativo y fiscal mexicano, de cumplir con diversas obligaciones de procedimiento para realizar inversiones y desinversiones.

VII. CONCLUSIONES

PRIMERA. Si bien a partir de la Cláusula Calvo, reconocida intrínsecamente en la CPEUM, se permite a los extranjeros, entre otros casos; i) a través de sociedades, *adquirir propiedades inmobiliarias* ubicadas en México cuyo destino sea la realización de actividades no residenciales, así como; ii) a través de fideicomisos administrados por parte un banco registrado ante autoridades mexicanas, el *derecho de uso o goce temporal de inmuebles* destinados a fines residenciales, ubicados dentro de la zona restringida; no se debe desconocer que a los inversionistas del extranjero que cuentan con grandes capitales cuyo destino es la inversión en inmuebles ubicados en México, no siempre les resulta atractivo el esquema de participar en fideicomisos con el único derecho a participar del uso o goce temporal de inmuebles en propiedades inmobiliarias ubicadas en zona restringida, sin detentar por propio derecho su propiedad, por lo que me parece que ésta una de las razones para ponderar la necesidad de realizar un cambio legislativo de fondo a nuestro marco legal (incluida la CPEUM y LIE) que le extienda al extranjero el derecho a ser propietario y no sólo poseedor de bienes inmuebles en zona restringida.

SEGUNDA. Afortunado es que en la LIE se regula la solicitud de permisos a la SRE, que una vez transcurrido cierto plazo sin que la misma sea respondida, se entiende configurada la figura de “afirmativa ficta”, misma que incluso es opuesta a la que se tiene en materia fiscal, en la cual se configura la “negativa ficta”, una vez transcurrido un plazo de tres meses posteriores a que se presente una solicitud ante la autoridad competente.

En este caso se encuentra evidencia que la promoción de la inversión extranjera en nuestro país, va muy de la mano con la simplificación administrativa en diversos trámites y regulaciones a que están obligados los

extranjeros que realizan inversiones en nuestro país, tales como en las inmobiliarias. Esta simplificación no es un tema nuevo y nuestro país está transitando por ese camino, tan es así que el propio Banco Mundial reconoce a la fecha que México es ejemplo del impulso que puede incidir en el crecimiento económico y la generación de empleos con la simplificación administrativa para abrir negocios, es por ello que hago hincapié en esta tesis, en cuanto a fomentar el proceso de dicha simplificación que específicamente en materia tributaria, se tiene en el Servicio de Administración Tributaria siendo pionero en la digitalización de procesos; algunos de sus ejemplos son: i)recepción en su página electrónica de la contabilidad; ii)trámites ante el Registro Federal de Contribuyentes a través de la página electrónica; iii)resguardo electrónico de la información fiscal del contribuyente en el "Buzón Electrónico" que se encuentra dentro de la propia página electrónica del SAT; iv)decreto presidencial publicado en el DOF el 26 de diciembre de 2013 en el que se compilan diversas medidas de simplificación administrativa; entre otros.

TERCERA. Es cierto que el marco legal de nuestro país considera la determinación y cobro de multas que resultan aplicables tanto a nacionales como extranjeros en caso de caer en el supuesto de incumplimiento a una disposición legal; no obstante, al ser nuestro marco normativo mucho más formal que los relativos a inversionistas del extranjero (caso ejemplificativo es el de los países anglo-sajones), sería importante incluir excepciones con base en las cuales, aun cuando el extranjero haya incumplido una regla, no haya lugar a imponerle una multa y menos solicitarse su pago, ya que esto puede evidenciar al Estado mexicano como ávido de obtener recursos de los inversionistas del extranjero con motivo del incumplimiento a normas excesivamente burocráticas. No estoy sugiriendo que los inversionistas del extranjero estén blindados en materia de pago de multas, sino solamente

señalando que éste es otro de los conceptos que debiéramos cuidar en todo el marco normativo aplicable a dicho sector de inversionistas.

CUARTA. Una de las vías más importantes a través de las cuales se recibe en nuestro país inversión extranjera directa es permitiendo la operación de entidades legales constituidas de acuerdo con las leyes del extranjero que, desde el punto de vista fiscal mexicano, pueden caer en el supuesto de ser consideradas como Establecimientos Permanentes, cuyo tratamiento legal y fiscal si bien es muy parecido al que resulta aplicable a las personas morales constituidas conforme a las leyes de nuestro país, a las nacionales, adicionalmente, le resultan aplicables otras leyes distintas de las fiscales, tales como la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) o el Código Civil (CC), generándose en consecuencia a las nacionales la obligación de cumplir con diversos requisitos formales, tales como: i)actas constitutivas, ii)actas de asamblea por aportación o reducción de capital, iii)actas de cierre del ejercicio, iv)cuidar, el no rebasar los límites máximos de participación en sociedades mercantiles que, a su vez, hayan sido constituidas conforme a las leyes mexicanas, v)inscribirse en Asociaciones, Registros, Cámaras, vi)informe anual a los accionistas, vii)informe de políticas y criterios contables, etc. En contraposición, los únicos requisitos que la LGSM dispone para sociedades del extranjero es publicar anualmente en el sistema electrónico establecido por la SE, un balance general auditado por contador público titulado.

Por lo anterior, la propuesta que realizo sobre el particular es que tanto nuestro marco normativo fiscal, así como el legal y financiero, se flexibilicen y armonicen con los que se encuentren en vigor en los países del extranjero que, en términos generales, sean de los que en la mayor de las veces son exportadores de capital y, participan en nuestro país.

QUINTA. En caso que las inversiones realizadas por residentes en el extranjero en sociedades constituidas de acuerdo con las leyes de los Estados Unidos Mexicanos alcance a rebasar los límites máximos pre-establecidos en el marco normativo correspondiente, como consecuencia de que la sociedad mexicana receptora de la inversión extranjera genere ganancias generadas por ésta y por inversiones en otra(s) sociedad(es) mexicana(s) subsidiaria(s) en la(s) que participe, no debiera castigarse “el excedente de participación de inversión extranjera”, toda vez que la razón que, en el caso planteado, originó rebasar el monto máximo de capital, proviene de ganancias que, si bien corresponden al inversionista extranjero, fueron generadas por rendimientos provenientes de actividades realizadas en México. En caso de estar bajo estas circunstancias, si bien aritméticamente el inversionista extranjero estaría rebasando los límites máximos que la ley prevé, el origen de su incremento proviene de las utilidades generadas en México, razón por la cual, reitero mi propuesta, no debiera castigarse dicho incremento.

SEXTA. Los residentes en el extranjero que al día de hoy realizan inversiones inmobiliarias en México se encuentran legalmente *descobijados* de la protección del gobierno de sus países de origen, toda vez que éstos quedan sujetos a las leyes mexicanas sin que puedan solicitar apoyo a su país en caso de alguna controversia jurídica sobre sus inmuebles, ya que al permitírsele adquirir propiedades se les está considerando como nacionales. Me parece que habría que actualizar el dogma normativo cuyo origen pareciera provenir de la *Cláusula Calvo*, a las circunstancias actuales en materia de necesidad de inversión extranjera en México y, en consecuencia, permitir al menos un espacio de diálogo entre los gobiernos del país de residencia del inversionista del extranjero y el gobierno de México, en caso de suscitarse una controversia jurídica que sea inherentemente relativo a las propiedades inmobiliarias en México, del residente en el extranjero.

SÉPTIMA. Pretender definir si una sociedad constituida conforme a leyes del extranjero es de carácter mercantil o civil, puede conducir a un área en la que prevalezca la opacidad jurídica, ya que aun cuando en concordancia con el propio derecho común, se debe respetar a una figura jurídica del extranjero la preeminencia del marco normativo del país conforme al cual haya sido constituido, en la dinámica de las inversiones realizada por extranjeros en México, es posible que conforme al marco normativo de México su clasificación difiera, llevando en consecuencia y de manera incorrecta, a la obligación de registrar en el Registro de Personas Morales del Registro Público a una sociedad que, de acuerdo con las leyes del país de su constitución sea preponderantemente de carácter mercantil, y viceversa, a incorporar en el Registro Público de Comercio a una sociedad cuyo propósito, desde su Constitución, sea inherentemente civil.

La propuesta en este caso es que, la propia Secretaría de Economía, sea la que defina cuál es la situación en la que se encuadra la entidad en que participa el inversionista extranjero, a efecto de que ésta se inscriba en el Registro correcto (ya sea el mercantil o en civil), y no dejar tal responsabilidad al inversionista que, aun cuando de manera voluntaria decide traer sus capitales a México, sea sujeto de sanciones generadas con motivo del registro *incorrecto* de su sociedad ante autoridades mexicanas, bien de carácter civil o mercantil.

OCTAVA. Es responsabilidad de los profesionales del derecho en México proveer a residentes en el extranjero de asesorías compatibles no sólo con las leyes fiscales, sino también con otras de observancia obligatoria en México, tales como las contenidas en la LGSM. Esta aseveración me atrevo a proponerla ya que si bien esta última ley permite a los accionistas percibir de las sociedades en que participan intereses a la tasa del nueve por ciento, es posible que tal interés no sea compatible con los dispositivos legales contenidos ya sea Ley del Impuesto sobre la Renta o la Ley del Impuesto al Valor Agregado, mismas que, por sí mismas, establecen límites o reglas específicas para el porcentaje de intereses que pueda ser válidamente pagado por una sociedad mexicana a sus accionistas que, pudieran ser residentes en el extranjero.

NOVENA. En términos generales, una sociedad de responsabilidad limitada es una entidad que posee personalidad jurídica propia que no está sujeta a diversas obligaciones corporativas que sí resultan aplicables a una sociedad anónima; trascendiendo fronteras normativas, el tipo legal de una sociedad de responsabilidad limitada es equivalente a una *Limited Liability Company* que el derecho anglo sajón contempla. Es relevante proponer este tipo de sociedades a inversionistas residentes en países cuya preeminencia

jurídica sea la del derecho anglo sajón, ya que este tipo de sociedad constituida conforme a leyes mexicanas, otorga la equivalencia del marco normativo regulatorio su propio país prevé para las *Limited Liability Companies*.

DÉCIMA. En cuanto a entidades transparentes nacionales, por excelencia se tiene al fideicomiso, cuya ramificación va desde:

(i) los identificados como empresariales;

(ii) fideicomisos *pasivos*, cuyos ingresos provengan al menos en un 90% del arrendamiento de bienes inmuebles.

(iii) aquéllos dedicados al otorgamiento del uso o goce temporal de bienes inmuebles en territorio nacional para los que, para efectos fiscales, surge la controversia de identificarlos o no como empresariales, toda vez que el arrendamiento no es una actividad regulada por leyes mercantiles sino por las civiles; de aquí surge la discusión en torno al hecho de que, con independencia de que el arrendamiento es una actividad regulada por el derecho común, la repetitividad de otorgar el uso o goce temporal de bienes inmuebles con un ánimo intrínseco de lucro, conlleve a identificar al citado un fideicomiso dedicado a la consuetudinario otorgamiento del uso o goce temporal de bienes inmuebles, como un fideicomiso empresarial para efectos fiscales; sobre el particular me parece necesario ver más el fondo que la forma, caso en el cual, si a través del fideicomiso se ofrece el uso o goce temporal de bienes de manera reiterativa, con un inherente ánimo de lucro, pareciera indicar que dicha actividad califica como acto de comercio y, en consecuencia, no quedaría duda que dicha clase de fideicomisos califiquen como empresariales, generando en consecuencia un tratamiento fiscal similar al de una persona moral, con sus diferencias particulares, partiendo de la base

de que el fideicomiso carece de personalidad jurídica propia, mientras que la sociedad sí la tiene; en oposición, cuando nos enfrentamos a la disposición fiscal contenida en la LISR en el Título V “De los Residentes en el Extranjero”, cuando expresamente señala que no se encuentran comprendidos como ingresos por actividades empresariales, entre otros los correspondientes al arrendamiento de bienes inmuebles, pone en entre dicho la conclusión a la que antes se puede arribar en el sentido de considerar a fideicomisos como empresariales, en caso que el fideicomisario sea un residente en el extranjero. Siendo éste el escenario, me parece que arribar a conclusiones en cuanto al carácter empresarial o no de un fideicomiso dedicado al otorgamiento del uso o goce temporal de bienes inmuebles cuando su beneficiario sea un residente en el extranjero, es una tarea sobre la que muy difícilmente se puede concluir sobre bases homogéneas;

Me parece que el tratamiento fiscal del fideicomiso empresarial, puede llegar a ser benéfico para el fideicomisario residente en el extranjero, sobre todo si las inversiones se realizan en diversos inmuebles y/o proyectos inmobiliarios que sean aportados, cada uno de éstos, en fideicomisos. En este orden de ideas, una posición más conservadora pudiera se considerar a un fideicomiso dedicado al otorgamiento del uso o goce temporal de inmuebles como un fideicomiso empresarial.

En caso que un inversionista del extranjero participe como fideicomisario en un fideicomiso empresarial, se configura para dicho inversionista un Establecimiento Permanente para efectos fiscales en México por las actividades empresariales realizadas en territorio mexicano a través del fideicomiso.

Por su parte, el tratamiento fiscal de las pérdidas en fideicomisos empresariales, permite una identificación del origen de dichas pérdidas,

permitiendo su disminución solamente contra utilidades generadas por el mismo fideicomiso o bien al momento de la extinción del fideicomiso, hasta por la cantidad que haya aportado a la figura en comento.

El manejo de flujos de efectivo en caso que los inversionistas del extranjero participen en fideicomisos, es mucho más ágil comparado con el de invertir a través de sociedades mercantiles o incluso civiles, ya que las aportaciones y retiros de efectivo, a o desde un fideicomiso, no requiere su formalización en actas de asamblea. Los fideicomisos tienen un régimen de transparencia fiscal, trasladando la carga tributaria al fideicomisario, nunca gravándose desde el fideicomiso las distribuciones de recursos que éste realice a su fideicomisario.

Asimismo, para los inversionistas institucionales mexicanos tales como las Administradoras de Fondos para el Retiro (AFORES), los fideicomisos son, y anticipo seguirán siendo, un vehículo a través del cual, por excelencia, se realicen grandes inversiones en la compra y desarrollo de bienes inmuebles en México, dado su régimen fiscal bajo el cual, una de las principales ventajas consiste en no estar obligados al fondeo de pagos provisionales mensuales, situación con base en la cual se pueden reinvertir en el mismo negocio los recursos que, en su caso, hubieran sido utilizados para realizar el anticipo de pago mensual de impuesto sobre la renta; en materia económica, los fideicomisos permiten a su tenedor recibir una parte de los rendimientos provenientes ya sea del arrendamiento de los bienes inmuebles o de su realización, siendo además, el valor de los certificados emitidos por los fideicomisos, se incrementa por la plusvalía que tengan los inmuebles aportados a los fideicomisos.

(iv) No deja de ser un vehículo interesante para las inversiones inmobiliarias, el uso de fideicomisos de garantía a los cuales se aportan (siempre con

derechos de reversión) inmuebles que sirven de garantía para la contratación de financiamiento que permita a los inversionistas continuar con el desarrollo de inmuebles.

DÉCIMA PRIMERA. Tratándose de entidades transparentes del extranjero, han sido materia del análisis de esta tesis, los constituidos de acuerdo con las leyes de los Estados Unidos de América, Canadá e incluso sorprendentemente Islas Caimán; siendo el común denominador de éstos su carencia de personalidad jurídica propia y consecuente transparencia fiscal. Este tipo de fideicomisos, fundamentalmente, otorgan certeza jurídica al inversionista del extranjero, además de permitir una transparencia fiscal que no se tendría en caso que la inversión fuera a través de una entidad con personalidad jurídica propia. Así, cuando se presente una consulta legal-fiscal a un inversionista del extranjero que pretenda invertir en el segmento inmobiliario de nuestro país, se puede poner dentro del abanico de entidades a través de las cuales invierta, el participar en la cadena de inversión, a través de fideicomisos que sean constituidos de acuerdo con las leyes de su país de residencia, ya que anticipo le podrá representar un confort adicional estar participando en un vehículo incorporado de acuerdo con las leyes de su país.

DÉCIMA SEGUNDA. Hablando de remesas de capital y/o utilidades a los países de origen de los inversionistas residentes en el extranjero, como área de oportunidad en materia fiscal me parece adecuado proponer de manera previa un retorno de capital, toda vez que a partir de la Reforma Fiscal en vigor en México a partir del ejercicio fiscal de 2014, además del impuesto sobre la renta corporativo que corresponda a las ganancias que no hubiesen aún pagado el impuesto sobre la renta correspondiente, se actualiza el supuesto de pagar un 10% adicional sobre las utilidades distribuidas.

De manera particular, los inversionistas del extranjero que sean Fondos de Pensiones y Jubilaciones, la mayor área de oportunidad para éstos me parece que es asegurarse que cumplan con los requisitos que la LISR dispone a efecto de respetarles la misma exención fiscal que les es otorgada de acuerdo con las leyes de su país de residencia.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Libros:

Álvarez Ledezma, Mario I, Conceptos Jurídicos Fundamentales, México, Mc Graw Hill, 2008

Arellano García, Carlos, Derecho Internacional Privado, México, Porrúa, 2011

Arriola Vizcaino, Adolfo, Derecho Fiscal, 22ª Ed., México, Editorial Themis, 2014

Bettinger Barrios, Herbert, Paraísos Fiscales 2005, 9º, México, Editorial: ISEF, 2005

Burgoa Orihuela, Ignacio, Derecho constitucional Mexicano, 20º, México, Porrúa, 2014

Cárdenas González, Fernando Antonio, Inversión Extranjera. Inmuebles – Extranjeros – Sociedades –, Porrúa, México, 2013

Carrasco Iriarte, Hugo, Derecho fiscal constitucional, 5ª Ed. México, Oxford University Press, 2010

Covarrubias Rivera, Alejandro, Análisis e interpretación de las leyes fiscales en México, Aportes para un modelo teórico, México, 2015, Instituto Mexicano de Contadores Públicos.

Corcuera Cabezut, Santiago, Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos, México, Oxford University Press, 2002

Del Rosario Rodríguez, Marcos, Supremacía Constitucional, México, Porrúa, 2009

Enciclopedia Jurídica Mexicana, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002

García Velasco, Gonzalo, Persona Jurídica. Doctrina y Legislación Mexicana, México, Porrúa, 2009

Gómez Coter, José de Jesús, Efectos Fiscales de los Contratos, 9ª Ed., México, Dofiscal Editores, 2014

Gómez Robledo Verduco, Alonso, Temas selectos de derecho internacional, 4 edición, UNAM, México 2003

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, México, Porrúa UNAM, 2011, vol. 3

Marvin S, Kahn, Taxation of Real Estate Investment Trusts, 1962, Editory Virginia Law Review.

Miguel Carbonell, Cartas a un Estudiante de Derecho México, 2016, Porrúa.

Orozco Felgueres Loya, Carlos, Inmuebles. Aspectos Legal, Fiscal y Financiero, 2ª, México, Dofiscal Editores , 2010

Orozco Felgueres Loya, Carlos, Análisis Fiscal y Jurídico de las Normas de Información Financiera, México, DOFISCAL Editores, 2011

Palomar de Miguel, Juan, Diccionario para Juristas, México, Porrúa, 2003 , t.I

Pereznieto Leonel y Silva Jorge, Derecho Internacional Privado – Parte Especial, 2ª Ed., México, Oxford University Press, 2007

Ramos Garza, Oscar, México ante la Inversión Extranjera – Legislación, Políticas y Prácticas, México, 1971

Robles Farías, Diego, La Inversión Extranjera en México, México, Tirant Lo Blanch, 2016

Sánchez Vázquez, Rafael, Los principios generales de derecho y los criterios del Poder Judicial de la Federación, México, Porrúa, 2004

Sánchez Vega, Alejandro, La estrategia fiscal mediante contratos de fideicomiso, 2º, México, Instituto Mexicano de Contadores Públicos, 2011

Soberanes Diez José María, La Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, México, Porrúa, 2013

Trueba Fano, José Manuel, Tratamiento fiscal del fideicomiso, México, DOFISCAL Editores, 2011

Vargas Díaz Barriga, Luis David, Aspectos Prácticos del Contrato de Fideicomiso, México, Porrúa, 2012

Revista electrónica

Willis Towers Watson, “El patrimonio de los principales fondos de pensiones del mundo alcanza los 15 billones de dólares”, <https://www.towerswatson.com/es-ES/Press/2015/09/Top-global-pension-fund-assets-exceed-15-trillion-US-dollars>

Página web

SWF Institute, Fund Rankings, <http://www.swfinstitute.org/fund-rankings/>

Qatar Investment Authority, Company Profile,
<http://www.qataridiar.com/English/WhoWeAre/Pages/Company-Profile.aspx>

www.cayman.finance/2016/06/exempted-limited-partnerships/

<https://www.ogir.com/publications/cayman-islands-exempted-limited-partnerships>

Legislación

Ley del Impuesto Sobre La Renta

Ley de Inversión Extranjera

Ley de Nacionalidad

Ley de Bancos de Fideicomiso (abrogada)

Ley General de Instituciones de Crédito (abrogada)

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

Ley General de Sociedades Mercantiles

Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras

Código Civil Federal

Código Fiscal de la Federación

Código de Comercio

Resolución Miscelánea Fiscal publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24-12- 2015

Normas de Información Financiera publicadas por el Consejo Mexicano para la Investigación y Desarrollo de las Normas de Información Financiera, A.C. (año 2005)

Canadian Income Tax Act, R.S.C. 1985, c.1 (5th Supplement) vigente al 18 de junio de 2017

The Exempted Limited Partnership Law, 2014 (Islas Caimán), publicado en la Gaceta Extraordinaria N°48 con fecha 2 de julio 2014.