

EL DOMICILIO, LA LEY CONSTITUTIVA Y LA SIMULACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN EL DERECHO SOCIETARIO INTERNACIONAL

WALTER FRISCH PHILIPP

A la memoria del Lic. Javier Creixell del Moral como fundador y Director de la Escuela de Derecho en la Universidad Anáhuac, a quien conocí gracias a la ayuda del Sr. Lic. José Luis Siqueiros, quien es mi amigo desde mi llegada a México.

SUMARIO: La resolución de la Corte Europea de 9 de marzo de 1999 Rs. C-212/97, publicada en NJW 1999, págs. 2027 y sigtes., comentada y analizada por Peter Kindler en su estudio “¿La libertad de constituir y establecerse en favor de sociedades extranjeras simuladas?” La resolución del caso “Centros”, de la Corte Europea y el Derecho Internacional Privado”, publicado en NJW 1999, págs. 1993 y sigtes. II. La ley constitutiva de la sociedad anónima, como punto de contacto. III. El domicilio de la sociedad anónima, como punto de contacto. IV. Resumen a la luz del Derecho mexicano.

- I. LA RESOLUCIÓN DE LA CORTE EUROPEA DE 9 DE MARZO DE 1999 RS. C-212/97, PUBLICADA EN NJW 1999, PÁGS. 2027 Y SIGTES., COMENTADA Y ANALIZADA POR, PETER KINDLER EN SU ESTUDIO “¿LIBERTAD DE CONSTITUIR Y ESTABLECERSE EN FAVOR DE SOCIEDADES EXTRANJERAS SIMULADAS?” LA RESOLUCIÓN DEL CASO “CENTROS”, DE LA CORTE EUROPEA EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO”, PUBLICADO EN NJW 1999, PÁGS. 1993 Y SIGTES.

El caso resuelto tuvo el siguiente contenido:

El día 18 de mayo de 1992 se había inscrito en el Registro de Comercio de Inglaterra y Gales, una sociedad mercantil denominada Centros Ltd.

La autoridad danesa negó la inscripción registral de una sucursal en Dinamarca. No se pagó capital social alguno en ocasión de la constitución de la sociedad debido a que las leyes del Reino Unido no exigen exhibición del capital social inicial. La Sociedad se constituyó por los cónyuges Bryde de nacionalidad danesa, con domicilio en Dinamarca, y no desarrolló actividad alguna en Inglaterra. La Sociedad domiciliada en Inglaterra tiene su dirección en aquélla de un amigo del Señor Bryde en Inglaterra.

La autoridad danesa negó la inscripción de una sucursal de Centros en Dinamarca, y sostuvo que la constitución de la Sociedad en Inglaterra se efectuó en forma simulatoria con el objeto de evadir los requisitos legales daneses más rigurosos que exigen la exhibición de determinado capital social, y de obtener en "fácil" verdad una sociedad con domicilio principal y único en Dinamarca.

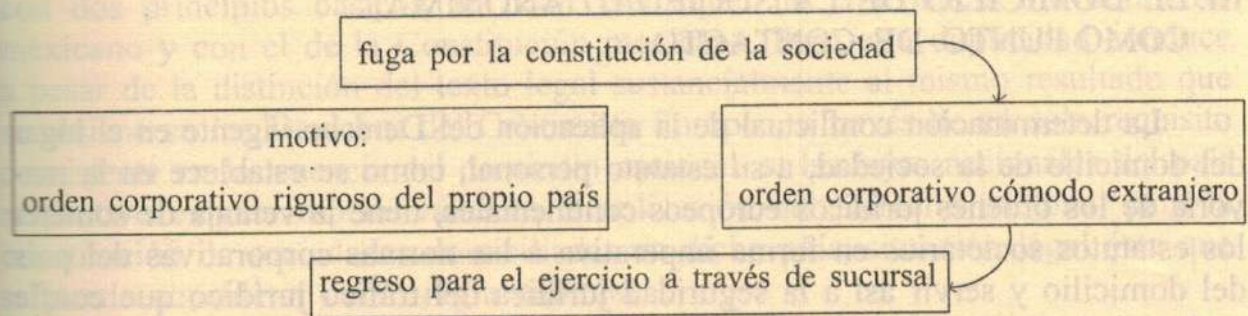
La autoridad danesa superior invocada por la Sociedad en contra de la negativa de la inferior, solicitó a la Corte Europea su resolución incidental de la cuestión si dicha negativa es compatible con la libertad de constituir y establecerse por parte de sociedades, fijada en los Arts. 52 y 58 del Tratado de la Comunidad Económica Europea a la cual pertenecen el Reino Unido y Dinamarca.

1) La Corte europea resolvió que: según el Tratado, es admisible en este caso el Registro de la sucursal en Dinamarca a pesar de que en Inglaterra no se efectúe por la Sociedad actividad empresarial alguna que exclusivamente se desarrolla por la sucursal en Dinamarca.

2) Sin perjuicio de lo anterior, es también admisible que las autoridades danesas posiblemente en colaboración con las inglesas tomen medidas contra la Sociedad y sus socios para impedir o perseguir conductas fraudulentas por medio de las cuales estos sujetos tienden a evadir el cumplimiento de obligaciones existentes en favor de acreedores nacionales (daneses) privados o públicos.

En las líneas siguientes entro en el aspecto del Derecho Societario Internacional y los elementos sustantivos aplicables al respecto: la ley constitutiva, el domicilio y la simulación, pero dejo a un lado la problemática, relativa a las normas de la Unión Europea, que no son de importancia directa para México, en tanto que, por la otra parte, el Derecho Societario Internacional sí funciona, como instrumento intelectual y profesionalmente importante, para el jurista mexicano.

La figura corporativa de la cual los cónyuges Bryde se sirvieron, es la "fuga" ante el orden corporativo del propio país, más riguroso en cuanto a los requisitos para la constitución de sociedades, a otro extranjero, cómodo al respecto, por una parte, y el regreso, posterior a la constitución efectuada, para ejercer real y exclusivamente en el primero la actividad empresarial por la misma sociedad, gráficamente se muestra como sigue:



II. LA LEY CONSTITUTIVA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA, COMO PUNTO DE CONTACTO

La ley que se haya aplicado a la formación de la esfera corporativa de la sociedad anónima (sus estatutos), puede ser según las normas legales conflictuales (de cierto orden jurídico, su Derecho Societario Internacional) el punto de contacto para la determinación de la ley aplicable a la constitución, el funcionamiento corporativo y la terminación (*lex societatis*) de la misma sociedad. Se habla también aquí de la "nacionalidad" de sociedades (Art. 8 de la Ley de Nacionalidad). Sin embargo, el término de nacionalidad me parece más adecuado a personas físicas, que a las morales para fijar el supuesto legal común para muchas consecuencias establecidas en el mismo orden jurídico como desde la concesión de becas hasta el servicio militar. Para sociedades se utilice mejor el término de la "ley aplicable a su estatuto personal" (*lex societatis*), dada la gran diversidad de supuestos legales, por ejemplo "inversionista" o "proveedor tecnológico" extranjero o nacional, respectivamente. El Art. 2736 Cód. Civ. D. F. ya no habla de "nacionalidad" de personas morales, sino del "derecho de su constitución", es decir de su Ley constitutiva.

La determinación y aplicación de la ley anterior tiene la ventaja que se obtenga así para el funcionamiento de la esfera corporativa de la sociedad la base legal más homogénea y adecuada, la identidad del mismo orden jurídico aplicado a la constitución de la sociedad.

Por la otra parte, este tipo del estatuto personal de la sociedad deja a sus fundadores amplio margen para la autonomía de su voluntad en cuanto a la determinación del orden jurídico cuyas normas se apliquen a la constitución de la sociedad. Esto puede ser abusado para evadir el propio Derecho societario, p.e. los requisitos para la constitución de sociedades.

Reenvíos contenidos en el orden jurídico remitido, nos parecen en México, en principio y a reserva de situaciones legales especiales inadmisibles (Art. 14, II Cód. Civ. D. F.).

III. EL DOMICILIO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA, COMO PUNTO DE CONTACTO

La determinación conflictual de la aplicación del Derecho vigente en el lugar del domicilio de la sociedad, a su estatuto personal, como se establece en la mayoría de los órdenes jurídicos europeos-continenciales, tiene la ventaja de someter los estatutos societarios en forma imperativa a las normas corporativas del país del domicilio y servir así a la seguridad jurídica del tráfico jurídico que confíe en la existencia de tales normas, posponiendo, por la otra parte, la autonomía de la voluntad de los fundadores mencionada en la sección precedente.

Reenvíos contenidos en el orden jurídico remitido nos parecen en lo general y a reserva de situaciones legales especiales en México inadmisibles (Art. 14, II, Cód. Civ. D. F.).

:

IV. RESUMEN A LA LUZ DEL DERECHO MEXICANO

Los supuestos legales para atribuir a una sociedad anónima el estatuto personal mexicano, consisten en que ella tenga su domicilio *estatutario* en el territorio mexicano y sea constituida según las leyes mexicanas.

Las leyes modernas sobre el Derecho Internacional Privado, la Ley austriaca y la Ley suiza, se refieren en esta relación al domicilio efectivo. Éste existe en el lugar en el cual se forme *realmente* la voluntad y decisión de la sociedad en cuanto a su dirección o administración. En el caso resuelto por la Corte europea, el domicilio efectivo se encontró en Dinamarca, donde operaron los cónyuges Bryde, como manejadores verdaderos de la sociedad, y sólo el domicilio estatutario se ubicó en Inglaterra. Situaciones análogas se presentan en los casos de sociedades formal y estatutariamente establecidas con domicilio en el Principado de Liechtenstein, como oasis fiscal, donde está su órgano supremo instituido en los estatutos en forma de un abogado-fiduciario, en tanto que su dirección verdadera se realiza por el cliente del mismo, domiciliado en otro Estado con altos impuestos y quien dé sus instrucciones como verdadero y escondido "propietario" de la sociedad, a su abogado-fiduciario, quien es solamente ejecutor subordinado a nombre de una sociedad que solamente tiene en este Principado su escritura constitutiva registrada, con papel membretado con el domicilio estatutario, razón por la cual se habla en el idioma jurídico-alemán de una sociedad de "mero buzón", que se dirige desde su domicilio real relevante para su estatuto personal, tomando en consideración que para dicho estatuto es solamente relevante como punto de contacto, según gran mayoría de los Derechos continental-europeos, el domicilio efectivo de la sociedad, y no el Derecho aplicado a su constitución.

El Art. 8 de la Ley de Nacionalidad requiere aparte del domicilio mexicano, la aplicación de nuestro Derecho a la constitución, como ya dijimos, y requiere así para la adquisición de la nacionalidad mexicana el cumplimiento

con dos principios básicos, es decir con aquél de la tenencia del domicilio mexicano y con el de la Constitución mexicana. Pero esta duplicidad conduce a pesar de la distinción del texto legal sustancialmente al mismo resultado que se obtiene en los Derechos del Continente Europeo, a través de un solo requisito consistente en la tenencia del domicilio nacional, si las leyes nacionales del país respectivo exigen imperativamente la aplicación del Derecho nacional para la constitución de sociedades domiciliadas en dicho país, situación legal ésta que se puede considerar como regla habitual.

Por lo que se refiere al estatuto personal de sociedades anónimas *extranjeras*, en el Art. 2736 Cód. Civ. D. F. se establece el principio de la constitución, es decir que se aplique al funcionamiento de la esfera corporativa, el Derecho que se haya aplicado a la constitución de la misma sociedad.

Por una parte, la creación de este artículo por medio de la Reforma publicada en el *D. O.* de 7 de enero de 1988 fue muy necesaria debido a que anteriormente se reguló solamente el requisito para la nacionalidad *mexicana* de sociedades, pero no aquel de sociedades extranjeras. Esta situación sensiblemente incompleta tuvo los siguientes dos motivos. En primer término, el Art. 8 y su precursor del mismo texto legal se colocaron en la Ley sobre la nacionalidad *mexicana*. Pero, además como segundo motivo, debemos recordarnos, que en legislaciones no modernas se ocupó solamente de la delimitación de la aplicabilidad de las propias leyes y se crearon así normas conflictuales unilaterales, y no multilaterales aplicables también a situaciones pertenecientes al extranjero, como nos muestra positivamente el Art. 2736 Cód. Civ. D. F. que establece los requisitos para la obtención del estatuto personal de sociedades *extranjeras*.

A reserva del gran progreso sistemático obtenido por la creación del Art. 2736 Cód. Civ. D. F. en su texto actual, esta disposición contiene en el mismo la siguiente contradicción: Se establece correctamente como punto de contacto para el estatuto personal "el derecho de su constitución". Pero continúa "entendiéndose por tal, aquel del estado en que se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas. "Así se presenta una contradicción debido a que se determina en primer lugar el derecho aplicado para la constitución y a continuación se identifica esto incorrectamente con el Derecho vigente en el lugar de su constitución que en ciertos casos pueda ser idéntico con el primero, pero no lo es por esencia conceptual. Las últimas leyes son por sí mismas otro tipo de punto de contacto, que corresponde a tiempos pasados y que en nuestros días se considera como superado.

El progreso antes referido de nuestra legislación se muestra también en la situación actual, según la cual el establecimiento de sucursales de sociedades mercantiles extranjeras, en México requiere la autorización de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (Art. 251 LSM), en tanto que, por la otra parte, respecto a "personas morales extranjeras de naturaleza privada" (excluyendo así las mercantiles), la correspondiente autorización se concede por la Secretaría de Relaciones Exteriores (Arts. 28 bis, 2737 y 2738 Cód. Civ. D. F.).

En esto se muestra en comparación con lo anterior, una división por especialización y una complementación legal.

Si consideramos el caso, resuelto por la Corte Europea, a la luz de la aplicación del Derecho mexicano, resulta lo siguiente.

La variante, de evitar la constitución de una sociedad anónima en México, y en lugar de esta vía directa aplicar la desviación de la constitución en el extranjero, es decir de una sociedad anónima extranjera que establezca en México una sucursal para que a través de la última se pueda realizar la intención económica verdadera de actuar económica y empresarialmente en México, nos parece prácticamente irreal debido a que la constitución directa y abierta en México no se dificulta por medio de requisitos rigurosos. Tenemos aquí un capital social legal mínimo tan bajo, que su importe ni siquiera alcanza para comprar el auto nuevo más barato, y que además la exhibición efectiva de aportaciones y la estimación del valor de aportaciones en especie no se controlan, según las leyes actuales, por medio de auditoría legal obligatoria. Esta situación cómoda conduce sólo a la obtención de la verdad formal y no de la real, la primera es el producto de meras afirmaciones de fundadores en la escritura constitutiva.

Otra situación, sin embargo, se presenta en el caso inverso de la constitución de una sociedad anónima en México con el objeto de que ésta establezca en un país extranjero, como lugar efectivamente deseado para actuar, una sucursal. Suponemos además, de conformidad con los hechos del asunto fallado por la Corte Europea, que la sociedad domiciliada en México no efectúa actividad empresarial alguna en México, y que únicamente su sucursal en el país extranjero es activa.

Por último, se admite por la sociedad, sus socios y sus fundadores que la constitución en México se hizo sin exhibición de aportaciones y con el único fin de que se establezca dicha sucursal empresarialmente activa. Tanto la sociedad como su sucursal están inscritas en el Registro de Comercio.

Se plantea la cuestión relativa a la validez de la constitución de la sociedad, su posible cancelación Registral, la validez del establecimiento de la sucursal extranjera, todo esto con base en el Derecho mexicano.

1. *Respecto a la validez de la constitución en México y del establecimiento de la sucursal en el extranjero*

Se distingue la simulación de la actuación *in fraudem legis* por medio de que *en el caso de la primera no se efectúa —con expresión de la mera celebración formal del acto, como la firma del contrato social— conducta de cumplimiento alguno, por ejemplo, no se exhiben aportaciones por fundador simulado quien tampoco percibirá utilidades algunas de la sociedad, como todo esto corresponde al acuerdo de simulación tomado entre todos los contratantes, en tanto que, por la otra parte, en las actuaciones in fraudem legis la persona interpósita sí opera efectivamente aun cuando por cuenta e instrucciones de su*

mandante, quien, por ejemplo, entrega a la primera los recursos necesarios para la exhibición de aportaciones, la instruye respecto al ejercicio del derecho de voto en asambleas de accionistas y percibe de ella las utilidades repartidas por la Sociedad con el objeto de que se obtenga así un resultado efectivo cuya realización directa, a través de la intervención del mandante mencionado está prohibida por la ley”, como escribo en mi libro sobre la *Sociedad anónima mexicana*.

En la actuación *in fraudem legis* se distingue entre el acto prohibido y su resultado real y deseado, por una parte, y el acto de evasión por medio del cual se tiende a obtener de hecho dicho resultado, por la otra. El primero de estos dos actos y su resultado están legalmente prohibidos.

No se presenta en el caso planteado prohibición legal alguna en cuanto a la constitución de la sociedad y el establecimiento de la sucursal. La intención de las partes de utilizar la sociedad solamente como “trampolín” para el establecimiento de la sucursal es jurídicamente irrelevante.

Como antes expuesto, la simulación requiere por esencia que no se efectúe conducta alguna en cuanto al cumplimiento del negocio simulado. Esta situación omisiva no se presenta en este caso, debido a que la actividad de la sucursal se atribuye jurídicamente a la sociedad, dada la calidad de la primera como parte de la segunda.

Así no existe nulidad por actuación *in fraudem legis* ni simulación. La primera falta por inexistencia de violación legal y la segunda con motivo de actuación verdadera de la sociedad. Está legalmente en el libre criterio de los fundadores de que ellos hagan uso de instituciones y de figuras legales en el grado más conveniente para ellos sin que violen norma legal alguna.

2. Respecto a la posible cancelación Registral de la Sociedad y de su sucursal en el extranjero

Dada la validez de la constitución de la sociedad no entra en consideración su cancelación Registral. Ésta es además inadmisibles, según el Art. 2, segundo párrafo LSM.

El Registro de Comercio extranjero no está sometido a la jurisdicción mexicana. Además no existiría, según el Derecho mexicano, motivo alguno para tal cancelación.

