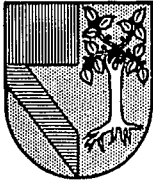


308909 11
EJR



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA U. N. A. M.

**EL RECONOCIMIENTO DE SOCIEDADES EXTRANJERAS
DE CAPITAL DE CONFORMIDAD CON EL
SISTEMA JURIDICO ALEMAN Y EL
SISTEMA JURIDICO MEXICANO**

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A
SARA TERESA GALICIA ROMERO

MEXICO, D. F.

1993

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**EL RECONOCIMIENTO DE SOCIEDADES EXTRANJERAS DE CAPITAL
DE CONFORMIDAD CON EL SISTEMA JURIDICO ALEMAN Y
EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO**

INDICE

INTRODUCCION

**CAPITULO I. EL RECONOCIMIENTO DE SOCIEDADES
EXTRANJERAS DE CAPITAL, DE CONFORMIDAD CON
EL SISTEMA JURIDICO ALEMAN**

1. Aspectos Generales..... 4
2. La Problemática de la Vinculación del Estatuto Personal..... 7
3. La Teoría del Domicilio como Teoría Vinculatoria Determinante
en la Legislación Alemana..... 16
4. Efectos del Reenvío "Simple" y del Reenvío en Segundo Grado en
el Derecho Internacional Privado Alemán, en el Caso de Constitución
de una Sociedad..... 20
5. Razones del Enlazamiento con el Derecho del Domicilio..... 26

**CAPITULO II. EL RECONOCIMIENTO DE SOCIEDADES
EXTRANJERAS DE CAPITAL, DE CONFORMIDAD CON
EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO**

1. Atribución de Nacionalidad a las Sociedades..... 38
2. La "Nacionalidad" de las Sociedades en el Sistema Jurídico Mexicano.. 45
3. Existencia Legal de las Sociedades Extranjeras..... 49
4. La Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre
la Personalidad Jurídica de las Sociedades Extranjeras, a partir
de 1929..... 50
5. Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934..... 54

6.	Estatuto Personal	64
7.	Repercusiones del Reenvío "Simple" y del Reenvío en Segundo Grado en el Derecho Internacional Privado Mexicano, en el Caso de Constitución de una Sociedad.....	68
8.	Derecho de Extranjería	80

CAPITULO III. LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE CONFLICTOS DE LEYES EN MATERIA DE SOCIEDADES MERCANTILES

1.	Aspectos Generales.....	93
2.	Vinculación al Estatuto Personal.....	98
3.	Método de Reconocimiento	100
4.	El Orden Público.....	100
5.	Derecho de Extranjería	101
6.	Compatibilidad de la Convención con el Ordenamiento Jurídico Mexicano, en el Ambito del Reconocimiento de Sociedades Extranjeras.....	101

CAPITULO IV. POSIBILIDAD DE TRASLADO DEL DOMICILIO DE LA SOCIEDAD FUERA DE TERRITORIO NACIONAL

1.	Repercusiones del Traslado del Domicilio de una Sociedad, de acuerdo con el Derecho Alemán.....	103
2.	Repercusiones del Traslado del Domicilio de una Sociedad, de acuerdo con el Derecho Mexicano	112

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION:

A la luz del progresivo desarrollo del comercio internacional, de la concentración de capitales internacionales en diferentes formas mercantiles y del constante intercambio de productos y servicios, la pregunta sobre la situación jurídica de sociedades extranjeras adquiere una gran importancia en todos los ordenamientos jurídicos. Para que una sociedad constituida por un Estado específico pueda actuar en otro, necesita ser reconocida como tal por este último. Este reconocimiento de carácter extraterritorial supone que el Estado receptor admite dentro de su territorio la existencia de las sociedades constituidas en el extranjero, lo que quiere decir que el reconocimiento significa la admisión de la personalidad, la capacidad y el estatuto jurídico de la sociedad, conforme a la *lex societatis* que es la ley del lugar de su constitución. Sin este reconocimiento, que generalmente se realiza en el ámbito legislativo, jurisprudencial o convencional, no sería posible ninguna actividad jurídicamente válida por parte de las sociedades extranjeras.

El reconocimiento extraterritorial de las sociedades constituye el presupuesto previo y necesario para su actividad extraterritorial. Esto es, cualquier acción fuera de las fronteras de una sociedad mercantil requiere del reconocimiento de su existencia, y por ende de su personalidad de parte del Estado en donde pretende ejercer su actividad.

Con base en los diferentes niveles de desarrollo económico y estructuras del derecho mercantil nacionales de los diferentes países del orbe y, por lo tanto en la existencia de intereses antagónicos que prevalecen en el ámbito internacional, los

países resuelven de manera distinta el problema del reconocimiento de sociedades extranjeras. Si un país desea atraer capital extranjero, no solamente ordenará controles de divisas más flexibles, sino que también en cuanto al mantenimiento de su propio ordenamiento mercantil nacional, será más flexible y estará dispuesto a aceptar diversas formas corporativas, aun cuando éstas sean más laxas que las nacionales. En cambio, si el país receptor tiene interés en imponer la observancia de su ordenamiento jurídico mercantil, supeditará el reconocimiento de las sociedades extranjeras al cumplimiento de ciertos requisitos. Debido a lo anterior, una investigación de derecho comparado puede llegar a encontrarse tanto con normas proteccionistas como con normas liberales.

Con el propósito de ampliar las posibilidades de acceso a mercados internacionales, y con el fin de facilitar la cooperación empresarial entre países industrializados y países en vías de desarrollo, el presente trabajo se ocupa de la problemática del reconocimiento de sociedades de capital, de conformidad con el sistema jurídico alemán y el mexicano. Las sociedades extranjeras de capital, como son la Sociedad Anónima y la *Aktiengesellschaft*, formarán el centro del presente trabajo, ya que la Sociedad Anónima es la forma organizacional más recurrida en México y la *Aktiengesellschaft* se aplica en la República Federal Alemana, para empresas de gran tamaño.

Si bien es necesario el reconocimiento para que las sociedades extranjeras puedan actuar en otro país, esto no significa que el simple reconocimiento de la existencia y personalidad jurídica de la sociedad extranjera suponga un salvoconducto para operar, establecerse o funcionar sin restricciones. Por el contrario, como veremos

más adelante, el reconocimiento es tan solo un requisito previo, ya que cuando una sociedad pretende ejercer una actividad permanente en otro Estado, será el derecho interno de éste el que determine cómo habrán de operar las sociedades extranjeras dentro de su territorio.

El análisis que realizo en el presente trabajo se circunscribe al ámbito del derecho conflictual, por lo que la aplicación de las normas materiales y de extranjería, como es el caso de las leyes que regulan las inversiones extranjeras en ambos países, sólo se estudiarán en una mínima proporción.

En principio, describiré el contexto del cual surgen los diferentes métodos que dan solución al problema del reconocimiento de sociedades extranjeras en ambos países. Posteriormente, estos métodos de reconocimiento se aplicarán a la problemática del reenvío en caso de constitución de sociedades, así como a la del traslado del domicilio de una sociedad, más allá de las fronteras nacionales. Con ello se pretende demostrar que la existencia de las diversas soluciones a la problemática del reconocimiento se debe principalmente a los diferentes grados de desarrollo y a las particularidades de cada uno de los derechos mercantiles.

CAPITULO PRIMERO

EL RECONOCIMIENTO DE SOCIEDADES EXTRANJERAS DE CAPITAL, DE CONFORMIDAD CON EL SISTEMA JURIDICO ALEMAN

1.- ASPECTOS GENERALES

En el sistema jurídico alemán, el problema del reconocimiento de sociedades extranjeras, es decir, la cuestión de determinar bajo qué circunstancias o supuestos puede una sociedad extranjera actuar como sujeto de derecho en otro país, se dilucida a través de la determinación del estatuto personal.

El estatuto personal, también llamado estatuto corporativo, debe entenderse como el orden jurídico nacional, normativo de las relaciones de la sociedad. De esta manera, la cuestión del reconocimiento de sociedades extranjeras se convierte, dentro del sistema jurídico alemán, en un problema de derecho conflictual.¹

Esta opinión no siempre fue compartida por la doctrina y la jurisprudencia alemanas, ya que en tiempos remotos el reconocimiento de una sociedad extranjera era equiparado con cuestiones materiales y de derecho de extranjería, tales como las autorizaciones para el ejercicio del comercio.

1.- Münchner Kommentar - Ebenroth, Nach Art 10, 1984, p. 131; Ebenroth / Bippus die Anerkennungsproblematik im Internationalen Gesellschaftsrecht, NJW 1988, p.p. 2140-2141

Esta concepción estaba fundamentada en ideas del siglo pasado, cuando se pensaba que el presunto peligro de una intrusión excesiva de capitales extranjeros debía ser frenada con instrumentos dogmáticos que se basaran en construcciones jurídicas.²

Actualmente se encuentran derogadas³ aquellas disposiciones legales que exigían la existencia de una autorización, para operar comercialmente, a fin de poder reconocer a la sociedad extranjera. La autorización es un aspecto administrativo que nada tiene que ver con el conflictual; sin embargo, es necesario aclarar que para ejercer el comercio se presupone la determinación de la existencia de la sociedad en el país receptor.

Respecto a la pregunta de si el derecho extranjero debe resolver todas las cuestiones jurídicas que atañen a una sociedad, o bien si el reconocimiento sólo debe referirse a determinadas reglamentaciones del derecho extranjero, nos encontramos ante una disparidad de opiniones. Por un lado, una opinión minoritaria⁴ dentro de la doctrina, que considera al reconocimiento de la capacidad jurídica de una sociedad como un aspecto independiente al de la determinación conflictual del estatuto personal. Esto significaría que un aspecto aislado es despojado del estatuto personal de la sociedad y sometido a una apreciación singular. Bajo estas condiciones, esto podría

-
- 2.- Behrens, Der Anerkennungsbegriff des Internationalen Gesellschaftsrecht, ZGR 2/1987, p.p. 500-514
 - 3.- 12,12 a del Código Industrial (Gewo). Ambas disposiciones fueron derogadas con fecha 1º de octubre de 1984. Véase NJW 1984, cuaderno 50, p. 2858 bajo el inciso IV y V
 - 4.- Grasmann, System des Internationalen Gesellschaftsrecht, 1979, p. 63

traer como consecuencia que la capacidad jurídica y las relaciones internas de una sociedad pudieran ser determinadas de acuerdo con diversos ordenamientos jurídicos.

Esta concepción no ha encontrado cabida dentro de la opinión prevaleciente en la doctrina alemana, pues se argumenta que no es posible que la determinación de la capacidad jurídica se vincule en forma especial y aislada del estatuto personal, ya que entre cada uno de los ámbitos reguladores del derecho mercantil existe una interrelación⁵ funcional que hace de estos principios normativos un sistema unitario. La capacidad jurídica de una sociedad no puede concebirse en forma abstracta, sino sólo dentro del marco de algún tipo de sociedad que esté determinado por el estatuto personal, y el reconocimiento de una sociedad extranjera debe entenderse como una consecuencia automática de la aplicación de éste. Con la fijación del estatuto corporativo ya se ha decidido acerca de la transferencia de la capacidad jurídica de una sociedad extranjera, en tanto que sin la determinación de éste no puede tomarse decisión alguna sobre la existencia de la sociedad. Una determinación independiente de la capacidad jurídica no sería posible por razones de lógica y sistemática jurídica. En el derecho mercantil internacional alemán existe, por lo tanto, un solo problema de reconocimiento: "la determinación del estatuto personal".⁶

5.- Ebenroth / Sura, Das Problem der Anerkennung in Internationalen Gesellschaftsrecht, RabelsZ 43 (1979) p. 318

6.- Ibidem

2.- LA PROBLEMÁTICA DE LA VINCULACIÓN DEL ESTATUTO PERSONAL

Existen diferentes teorías para vincular el estatuto personal, es decir, para establecer el orden jurídico normativo de la sociedad. Principalmente, se limita la discusión de las teorías de vinculación sobre las de la fundación y del domicilio. Junto a éstas se han desarrollado diversas enseñanzas, que hasta la fecha no han podido ponerse en práctica, y de las que sólo nos referiremos brevemente.

a).- *La teoría "pura" de la fundación*

La teoría "pura" de la fundación, también llamada teoría de incorporación, subordina la existencia de la sociedad al derecho del país en el que haya sido fundada y tenga su domicilio estatutario, sin necesidad de que exista alguna otra relación con dicho Estado.

El estatuto corporativo es determinado por la voluntad de los fundadores; su decisión es prioritaria, ya que ostenta un carácter autónomo privado.⁷ Con la libertad de elección, la teoría de la fundación prescinde de una vinculación objetiva y los socios fundadores podrán disponer de cualquier derecho mercantil. La existencia de la sociedad dependerá entonces del derecho de

7.- Ebenroth / Eyles, Die Beteiligung ausländischer Gesellschaften an einer inländischen Kommanditgesellschaft, DB 1988, Anexo 2, p. 4

fundación elegido, y las consecuencias jurídicas derivadas de este orden de constitución se reconocerán en cualquier ordenamiento jurídico. De la teoría de la incorporación se deduce: "una vez reconocida... en todas partes reconocida".⁸ La sociedad ha sido fundada de acuerdo con la legislación del país, por lo que deberá ser reconocida como sujeto de derecho, teniendo como limitante únicamente el "orden público"⁹ del país receptor.

El origen de la teoría de la fundación se remonta a la Inglaterra del siglo XVIII. Esta teoría se caracteriza por el interés nacional que existía en proteger la actividad económica de ultramar de aquellas sociedades fundadas de acuerdo con el derecho inglés, en sus colonias¹⁰. El gobierno inglés quería garantizar que quedaran bajo la protección del derecho de su patria, a pesar de su actividad comercial efectiva en los países de ultramar. Su construcción jurídica se desarrolló a partir del paralelismo entre el domicilio de origen¹¹ (*domicile of origin*), o el domicilio por nacimiento (*domicile by birth*), que adquiere cada persona natural mediante su nacimiento y que es insustituible, y por otra parte el derecho de fundación de una persona jurídica o sociedad mercantil. La teoría de la fundación encuentra su

8.- Knobbe - Keuk Umzug von Gesellschaften in Europa, ZHR 154, 1990, p. 327

9.- Ebenroth / Eyles, op. cit., p. 4

10.- Grossfeld, Zur Geschichte der Anerkennungsproblematik bei Aktiengesellschaften, RabelsZ 38, 1978, p.p. 344-345

11.- Heinrich L., Der Domizilbegriff im englischen internationalen Privatrecht, RabelsZ 25, 1960, p.p. 456-457

campo de aplicación, ante todo, en el mundo jurídico angloamericano, pero también en Dinamarca, Suecia, Holanda, Suiza, y en algunos países latinoamericanos¹².

La teoría de la fundación ha sido objeto de amplias críticas, a pesar de la inequívoca ventaja en la fácil determinación del estatuto corporativo y de la existencia así facilitada de las relaciones comerciales más allá de las fronteras de los países.

El criterio subjetivo de conexión al estatuto personal, es decir, el derecho de los socios sobre la libre determinación del derecho de fundación, es enjuiciado por los oponentes¹³ de esta teoría como una de sus debilidades más peligrosas. Esta libertad puede dar como resultado la elección del derecho de fundación únicamente para evadir la aplicación de disposiciones normativas más rígidas del país en el que quiera desarrollar la sociedad su actividad comercial. Este peligro existe ante todo en las llamadas "*pseudo-foreign corporation*"¹⁴ (sociedades seudoextranjeras).

Trátase aquí de empresas que se han fundado en los llamados "países oasis", como son por ejemplo Liechtenstein, Islas Caimán, Panamá,

12.- Ebenroth / Sura, op. cit. p. 327

13.- Staudinger / Grossfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, 1984, p. 42

14.- Ebenroth / Sura op.cit. p. 329. Citan al jurista Elvin Latty, al que se le atribuye la creación del término de "*pseudo forcign corporation*".

Bermudas, Andorra y Curazao, entre otros, pero que tienen su punto de gravedad comercial en otro país. La base de la preferencia en estos ordenamientos jurídicos radica en los derechos mercantiles más liberales, más laxos y, sobre todo, en el nivel de impuestos más bajos prevaleciente en estos países. Con ello, tal como aseveran sus oponentes, la teoría de la fundación conduce a una "exportación del derecho que tenga la mayor pobreza en reglamentos"¹⁵.

Si la administración principal de una sociedad fundada de acuerdo con este derecho "más laxo" se encontrara dentro de la República Federal Alemana, ello podría llevar a una evasión de las normas imperativas del derecho corporativo alemán, creándose con ello un riesgo para los intereses de los acreedores. Esta posible huida a estatutos más relajados es alegada por los oponentes de la teoría de la fundación como razón suficiente para excluirla como doctrina de vinculación determinante dentro del derecho conflictual.¹⁶

Por otra parte, los representantes de la teoría de la fundación sostienen el argumento opuesto de la seguridad jurídica. Esta se garantiza porque la existencia de una sociedad fundada eficazmente, de acuerdo con el derecho elegido, será reconocida como tal en cualquier otro país, por lo que no se crearán figuras jurídicas "débiles". Sin embargo, la necesidad de un correctivo no es negada

15.- Staudinger / Grossfeld, op. cit., p. 45

16.- Idem, p. 50

por los seguidores de esta teoría. El riesgo que podrían correr los acreedores nacionales y accionistas debe ser eliminado mediante la aplicación de la cláusula de reserva del orden público (artículo 6 de la Ley Introdutoria al Código Civil "EGBGB") o la enseñanza "del fraude a la ley", respectivamente. Bajo este punto de vista, una parte de la doctrina ha retomado la teoría de la fundación. La teoría de la incorporación goza de muchos partidarios¹⁷ en la doctrina alemana, pero no se puede hablar por esto de una supremacía o preponderancia.

En tiempos más recientes se han desarrollado distintas enseñanzas sobre la base de la teoría de la fundación, entre las cuales destacan las teorías de la diferenciación y de la sobreposición. A éstas nos referiremos brevemente.

b).- *La teoría de la diferenciación de Grasmann*

El fundamento de esta teoría radica en la liberalización de la idea de que todas las relaciones de una sociedad, tanto internas como externas, tienen que ser determinadas exclusivamente por un ordenamiento jurídico. Su objetivo es otorgar a los socios una máxima libertad de configuración, pero logrando una óptima protección de los intereses de los terceros. Con este fin subordina Grasmann las relaciones internas de la sociedad a la autonomía

17.- Entre otros, Beitzke, Drobning, Koppstein, Knobbe-Keuk, Behrens

privada de los socios, otorgándoles así la oportunidad de elegir el ordenamiento jurídico aplicable a la sociedad.

Por el contrario, en el ámbito externo, los intereses de los terceros que comercian con la sociedad deberán ir por delante de los intereses de la sociedad y de sus socios. Dentro de las relaciones externas debe considerarse también el derecho conforme al cual actúa la sociedad, y el que predomine sobre la relación jurídica entre la sociedad y las partes terceras. Esto significa que sobre las relaciones externas de la sociedad habrá de aplicarse el derecho del domicilio de la sociedad.

Debido a la aplicación potencial de diferentes órdenes jurídicos, el método de vinculación planteado por Grasmann conduce a numerosas dificultades, ya que de acuerdo con su teoría no solamente habrá que tomar en cuenta la *lex societatis* de la sociedad, sino también las disposiciones normativas correspondientes a todos aquellos países con los que se encuentre en relación comercial. La acumulación de estatutos colocaría al Juez en una controversia ante grandes dificultades, como por ejemplo el determinar a qué punto de conexión debe darle primacía.

La teoría de la diferenciación no favorece, por lo tanto, a las relaciones comerciales internacionales y entorpece la cooperación económica internacional. Por estas razones y por la inseguridad jurídica que dicha teoría acarrea, es rechazada¹⁸.

c).- *La teoría de la sobreposición de Sandrock*

En 1978 el jurista alemán Otto Sandrock¹⁹ introduce una variante de la teoría de la fundación, a la que denominó como teoría de la sobreposición.

La base de esta teoría sigue siendo la teoría de la incorporación, caracterizándose, sin embargo, en que el estatuto personal que se vincula con el derecho de fundación puede ser puesto en un segundo plano por las disposiciones obligatorias del derecho del país donde se encuentra ubicado el domicilio de la sociedad. Este, llamado efecto de "desplazamiento",²⁰ sólo tendrá lugar cuando las partes interesadas, ya sean socios, acreedores, trabajadores etc., invoquen la aplicación de las disposiciones del país del domicilio por serles más favorables. En este caso no deberán aplicarse el estatuto de la

18.- Ebenroth / Sura, op. cit., p. 337

19.- Sandrock atribuye a Elvin Latty, autor de la teoría "pseudó foreign corporations", la descripción sistemática de la teoría de la sobreposición.

20.- La confirmación de este efecto de "desplazamiento" lo encuentra Sandrock en las disposiciones del derecho mercantil de los estados de Nueva York y California en los E.U.A. Ambos ordenamientos jurídicos prevén la aplicación del derecho estatal sobre sociedades constituidas conforme a otro derecho, siempre y cuando, dichas sociedades se encuentren vinculadas económicamente a los Estados de Nueva York y California respectivamente.

fundación y el estatuto del domicilio en forma acumulativa, sino en forma yuxtapuesta, como alternativas.

En contraste a la teoría de la diferenciación de Grasmann, en la teoría de la sobreposición no se presenta la situación de aplicación de varios órdenes jurídicos, sino que únicamente entra en juego el derecho del país del domicilio. De cualquier forma, la teoría de la sobreposición conduce a la aplicación de dos ordenamientos jurídicos, y con ello a una "mezcla de normas".²¹

Esta teoría ha sido ampliamente criticada por la inseguridad jurídica que acarrea la determinación de ofrecer a elección de la parte afectada la aplicación del derecho del domicilio, debido a que el estatuto corporativo no se determinaría, conforme a criterios objetivos y constantes. Con la aplicación de esta teoría, el derecho seleccionado puede variar de caso en caso, de tal manera que los representantes de la sociedad no posean claridad alguna de hacia qué ordenamiento jurídico deben orientarse.

Debido a esto, los riesgos de responsabilidad en un negocio jurídico no podrían calcularse. Más confusa se tornará la situación jurídica cuando los interesados no puedan ponerse de acuerdo en si el derecho de domicilio o el derecho de fundación deban aplicarse, ya que los diversos intereses pueden llevar a valoraciones antagónicas.

21.- Grasmann, op. cit. p.p. 615-622

¿Se determina el estatuto personal de acuerdo con los intereses mayoritarios, o bien, puede cada una de las partes afectadas exigir que se les aplique respectivamente el derecho que eligieron? Estas preguntas sin contestar ponen de manifiesto la situación de inseguridad jurídica a la que conduce la teoría de Sandrock.

En el ámbito jurídico europeo puede verse confirmada la teoría de Sandrock por el artículo cuarto del convenio de la Comunidad Económica Europea, acerca del "reconocimiento recíproco de sociedades y personas jurídicas" de fecha 29 de febrero de 1968. El artículo cuarto, inciso primero, de este convenio, abre la posibilidad de una reserva en favor del derecho obligatorio del país del domicilio donde se quiera ubicar la sociedad extranjera. De esta posibilidad hizo uso la República Federal Alemana; sin embargo, por la entrada en vigor del citado convenio, que no es de esperarse, por un lado, y las deficiencias y dificultades a que conlleva esta teoría, por el otro, es rechazada por la opinión que prevalece actualmente.

d).- *La teoría del domicilio*

Esta teoría, que se desarrolló en el siglo XIX en Francia y Alemania, somete a la sociedad al derecho corporativo del país en cuyo territorio haya establecido su domicilio. La vinculación al estatuto personal ocurre en forma objetiva, a diferencia de la teoría de la fundación, ya que no se toma en cuenta la voluntad de los socios

fundadores, sino el orden jurídico del país que en mayor grado se vea afectado por la actividad comercial de la sociedad. Con esta vinculación objetiva se busca lograr proporcionar al país correspondiente al domicilio, el dominio sobre las corporaciones extranjeras en su territorio, de tal manera que se asegure la aplicación de las disposiciones proteccionistas de la jurisdicción en la que opera la sociedad.

3.- LA TEORIA DEL DOMICILIO COMO TEORIA VINCULATORIA DETERMINANTE EN LA LEGISLACION ALEMANA

Dentro de la legislación alemana no existen disposiciones que decidan sobre cuestiones fundamentales en cuanto a la determinación del estatuto corporativo. Una codificación no es tampoco de esperarse, por lo pronto, ya que la ley actual para la nueva regulación del derecho internacional privado prescindió de una reglamentación sobre personas jurídicas. El legislador alemán justificó la no consideración, aduciendo no querer obstaculizar mediante un codificación nacional los esfuerzos²² para llegar a una unificación jurídica dentro de la Comunidad Europea.

22.- Dichos esfuerzos llevaron a la celebración del convenio de la Comunidad Económica Europea, acerca del "Reconocimiento Recíproco de Sociedades y Personas Jurídicas" de fecha 29 de febrero de 1968. Dicho convenio no ha entrado en vigor por la falta de ratificación de Holanda. Impreso en: Studinger / Grossfeld, op. cit. p.p. 99-100.

Por consiguiente, para la determinación del estatuto corporativo se sigue aplicando la hasta ahora en vigor regla jurisprudencial. La jurisprudencia²³ y la opinión²⁴ prevaleciente dentro de la doctrina alemana sostienen la efectividad de la teoría del domicilio como teoría de vinculación determinante del estatuto corporativo. De acuerdo con dicha teoría, no basta únicamente que la sociedad se haya constituido de conformidad con las normas del país de incorporación, sino que es necesario para el reconocimiento, la supeditación a la reserva adicional de que la persona jurídica tenga también su domicilio en el país de la fundación. El concepto vinculatorio del "domicilio" es un elemento efectivo de gran importancia y determinación dentro de dicha teoría, ya que será el orden jurídico del país del domicilio el que regule todas las relaciones jurídicas de la sociedad.

La palabra "domicilio" no deberá utilizarse como un concepto obvio de vinculación en cuanto a su significado, sino que es necesario esclarecer su contenido.

a).- *Determinación del concepto "domicilio"*

De acuerdo con la opinión mayoritaria en la jurisprudencia y doctrina alemana, por domicilio se entiende el lugar donde se encuentra la administración principal de la sociedad; es ahí donde se toman las decisiones empresariales fundamentales. Este, también

23.- BGHZ 97, 269, GLG München RIW 1986, 820, 821., BGHZ 97, 269, OLG Hamburg NJW 1986, 2199; OLG Frankfurt NJW, 1964, 2355.

24.- Werner Ebke, Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co.KG und das Europäische Gemeinschaftsrecht, ZGR, 1987, p. 255

llamado domicilio social (*effektiver Verwaltungssitz*), no debe ser confundido con variantes, como centros de producción, fábricas o lugares de producción extranjeros sin organización corporativa independiente, pues en éstas no se toman las decisiones empresariales fundamentales, sino que sólo se ejecutan.

El domicilio social y el domicilio estatutario pueden coincidir, mas no es necesario que sean idénticos. El domicilio estatutario es determinado por los socios fundadores y se encuentra en el país de incorporación. Este no es otra cosa que un presupuesto de validez de constitución de la sociedad, y en la mayoría de los ordenamientos jurídicos es un requisito para la determinación de la competencia registral. Equiparar el domicilio estatutario con el domicilio social sería tanto como confundir la teoría de la fundación con la teoría del domicilio.

Para precisar el concepto del "domicilio social", la jurisprudencia y la doctrina alemana remiten a los §1 de la ley del impuesto sobre la renta (*Körperschaftsteuergesetz*) y al §10 del Código Fiscal Alemán (*Abgabeordnung*). Dichas disposiciones sientan su bases en conceptos tales como "dirección" y "dirección general". Entiéndase bajo estos conceptos el lugar donde los órganos representativos de la sociedad toman las decisiones empresariales fundamentales.²⁵

No se trata del lugar donde las instrucciones de la dirección general se llevan a cabo, sino del lugar en donde éstas se imparten. Los cambios temporales del lugar no deberán ser tomados en consideración. Con esta definición fiscal se comprueba que el lugar donde se forma la voluntad del órgano representativo de la sociedad es idóneo para determinar el significado del punto de conexión, es decir, el domicilio social.

b).- *Consecuencias de la teoría del domicilio*

Atendiendo a lo dicho en el inciso precedente, una sociedad extranjera será reconocida como sujeto de derecho si además de haberse constituido conforme a las leyes del país de origen tiene en éste su domicilio social. Así, el ordenamiento jurídico del país donde se encuentra el domicilio social de la sociedad decide si ésta existe o no en realidad. De acuerdo con esta regla, la teoría del domicilio es aplicable, tanto para sociedades con domicilio social en Alemania como para aquéllas con domicilio social en el extranjero. "La teoría del domicilio con su carácter de norma de conflicto perfecta u omnilateral, otorga un tratamiento jurídico equitativo tanto a sociedades nacionales como a extranjeras, respecto del requisito del domicilio."²⁶

Si la sociedad ha sido constituida de acuerdo con el derecho del país en donde se encuentra su domicilio social y adquirió con ello capacidad jurídica, deberá entonces de ser reconocida bajo reserva del orden público alemán, como sujeto de derecho. En caso de no encontrarse la administración principal de la sociedad en el país de incorporación, o de ser trasladada posteriormente a otro Estado, no se reconocerá la capacidad jurídica, ya que no se habrá constituido de acuerdo con las normas del país en donde se encuentra el domicilio social. Esta regla experimenta, sin embargo, una excepción a través del principio del reenvío "simple" y del reenvío en segundo grado. Lo anterior acontece cuando la sociedad creada establece o traslada su domicilio a un país que represente a la teoría de la fundación.

4.- EFECTOS DEL REENVÍO "SIMPLE" Y DEL REENVÍO EN SEGUNDO GRADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ALEMÁN, EN EL CASO DE CONSTITUCION DE UNA SOCIEDAD

El problema del reenvío "simple" y del reenvío en segundo grado surge en el derecho internacional privado cuando ante un problema del tráfico jurídico internacional se plantea la siguiente situación: ¿La norma de conflicto del foro remite al derecho conflictual del país extranjero en cuestión o remite únicamente al derecho sustancial extranjero? Si nos encontramos ante el primer caso, deberán considerarse dos circunstancias:

- 1.- Resulta el punto de conexión de la norma de conflicto del país extranjero, idéntico al punto de conexión de la norma conflictual del foro; de esta manera serán aplicables las normas sustanciales del derecho extranjero en cuestión.
- 2.- Sin embargo, resultan diversos los puntos de conexión, y entonces estaremos frente a un reenvío "simple", o bien ante un reenvío en segundo grado.
 - a).- *Fundamentos legales del reenvío "simple" y del reenvío en segundo grado en el derecho conflictual alemán.*

Con la revisión del derecho conflictual alemán, basado en la ley para la nueva regulación del derecho internacional privado (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*) con fecha del 25 de julio de 1986, y con entrada en vigor el 1 de septiembre del mismo año, fueron introducidos en la legislación alemana los principios del reenvío.²⁷

El artículo cuarto, fracción primera, párrafo primero de dicho ordenamiento, determina que las remisiones que realice el derecho conflictual alemán al derecho extranjero deberán ser entendidas como remisiones completas, siempre y cuando el espíritu de la remisión no se contradiga. Entiéndase por remisión completa la aplicación tanto de normas materiales como de normas conflictuales.

27.- Ebenroth / Eyles, *Der Renvoi nach der Novellierung des deutschen Internationalen Privatrechts*, Iprax 1989, p. 3

En relación con lo anterior, el reenvío "simple" lo encontraremos cuando de acuerdo con el derecho conflictual alemán el derecho (conflictual) extranjero sea aplicable, y éste a su vez remita nuevamente al ordenamiento jurídico alemán. La remisión en segundo grado se presenta, en cambio, cuando el derecho conflictual alemán remite al derecho (conflictual) extranjero y éste subordina los hechos al derecho de un tercer Estado. La pregunta de si la remisión del derecho conflictual extranjero al derecho de un tercer Estado deba entenderse por su parte como una remisión completa o como una remisión simple, es decir, únicamente al derecho material, fue dejada abierta por el legislador.

La aceptación, por parte del legislador alemán, de la existencia de un reenvío "simple" y de un reenvío en segundo grado, radica principalmente en el establecimiento del principio de la remisión completa que realiza el derecho conflictual alemán al derecho extranjero.

b).- *Efectos del reenvío "simple" en la constitución de una sociedad.*

Una sociedad con domicilio social en la República Federal Alemana no puede ser constituida bajo derecho extranjero. No obstante, si la constitución se llevara a cabo según el derecho extranjero, ésta sería ineficaz y el ente creado no adquiriría capacidad jurídica. Lo anterior sin importar si el país, conforme a cuyo derecho se

constituyó la sociedad, se encuentra conflictualmente vinculado a la teoría del domicilio o a la de la fundación. El país mayormente afectado por la existencia de la sociedad, esto es, el país donde se encuentre la administración principal, será el indicado para decidir sobre el estatuto corporativo de la sociedad.

Si una sociedad extranjera tiene su domicilio social en el país de incorporación, será reconocida en territorio alemán. Si una sociedad creada bajo el derecho alemán tiene su administración principal en el extranjero, deberá distinguirse, para efectos de su reconocimiento, si el país extranjero se encuentra vinculado conflictualmente a la teoría de la fundación o a la teoría del domicilio.

En caso de que el país extranjero sea partidario de la teoría del domicilio, se considerará que la constitución no tiene validez. Este resultado se fundamenta en la idea de que la teoría del domicilio debe sustentar una decisión internacional unitaria²⁸, la cual no podría quedar garantizada si una sociedad que no es reconocida por el país más afectado por la actividad comercial fuera, sin embargo, reconocida por otro país, en este caso por la República Federal Alemana. Algunos autores alemanes, seguidores principalmente de la teoría de la fundación, pretenden resolver este problema aduciendo que la constitución de un domicilio estatutario alemán y la intención

28.- Raape, *Internationales Privatrecht*, 1961, p. 198. Habla de una máxima cooperación entre el país que remite y que sigue la teoría del domicilio y el país del domicilio, que también se encuentra vinculado a dicha teoría.

de constituir una empresa en territorio nacional, bastaría para el reconocimiento de la capacidad jurídica de una sociedad creada bajo derecho alemán, pero con domicilio social en el extranjero.

Tal argumento encuentra su fundamento en el §5 de la Ley de Sociedades Anónimas (*Aktg*), que establece que el domicilio de una sociedad es aquel determinado en los estatutos. Por domicilio estatutario entiéndase el lugar donde la sociedad tiene una empresa. Dicha argumentación no ha logrado imponerse, ya que la opinión prevaleciente, seguidores de la teoría del domicilio, determinaron que el §5 de la L.S.A. es únicamente aplicable a sociedades anónimas alemanas, es decir, que hayan sido creadas bajo el derecho alemán y que además tengan su domicilio social en este país.

Partiendo ahora del supuesto de que el país extranjero se encontrara vinculado conflictualmente a la teoría de la fundación, podríamos encontrarnos ante la figura del reenvío "simple", ya que las normas conflictuales del ordenamiento jurídico extranjero remitirían a las normas del derecho del país de constitución, es decir, Alemania. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo cuarto, fracción primera párrafo segundo de la Ley Introductoria al Código Civil (*EGBGB*), el derecho alemán aceptaría la remisión y sus normas materiales serían aplicables, con la consecuencia de que una sociedad constituida bajo el auspicio de leyes alemanas pudiera ser reconocida, a pesar de que su domicilio social se encontrara ubicado fuera del territorio alemán.

Este reconocimiento, que se genera por la figura del reenvío "simple", sólo podrá ser efectivo si existe una identidad entre el domicilio estatutario y el país de incorporación. Lo anterior, en virtud de que la teoría de la fundación exige como requisito de validez de constitución de una sociedad, el que el domicilio estatutario se encuentre en el país de la fundación. Como consecuencia de la separación de los domicilios social y estatutario, se crean las llamadas "*double residence companies*".²⁹

c).- *El reenvío en segundo grado y sus efectos en la constitución de una sociedad*

Con el fin de esclarecer la cuestión del reconocimiento de una sociedad constituida bajo derecho extranjero, con domicilio social en otro país extranjero y que desea operar en Alemania, será importante determinar si el país donde se encuentra el domicilio social sigue la teoría de la fundación o la del domicilio. El reconocimiento deberá negarse si el país donde se encuentra ubicado el domicilio social sigue la teoría del mismo nombre, independientemente de si el país de constitución de la sociedad la reconoce o no. Si, por el contrario, dicho país sigue la teoría de la fundación, ésta será reconocida en la República Federal Alemana, si el país de incorporación acepta el reenvío hecho por el país del domicilio social.

29.- Ebenroth / Eyles, op. cit. p. 6

5.- RAZONES DEL ENLAZAMIENTO CON EL DERECHO DEL DOMICILIO

a).- *Función proteccionista de la teoría del domicilio*

La elección de estatutos corporativos laxos tiene generalmente como meta la evasión de normas rígidas de orden público, del país donde se encuentra ubicado el domicilio social de la empresa. Mediante la aplicación del ordenamiento jurídico del país donde se encuentra la administración principal de la sociedad, se pretende evitar la posible manipulación del punto de conexión que, a opinión de los seguidores de la teoría del domicilio, se logra a través de la liberalidad de la teoría de la fundación.

Precisamente, el sistema jurídico alemán, que dispone de un derecho mercantil y de un derecho de gestión de los trabajadores dentro de la empresa (*Mitbestimmungsrecht*) muy rígido, y debido a que no goza de disposiciones fuera del derecho mercantil que otorguen una protección suficiente a esas disposiciones, tiene un especial interés en hacer valer su ordenamiento jurídico, y en desconocer a sociedades extranjeras que en razón de su derecho de incorporación se encuentran bajo un sistema jurídico más relajado. La teoría del domicilio es proteccionista, pues evita que sociedades bajo estatutos corporativos pobres en reglamentos adquieran injustamente ventajas

competenciales, no permitiéndoles evadir las disposiciones rígidas del país del domicilio social.

En tanto que los sistemas corporativos internacionales no sean equivalentes ni homogéneos, debe dársele preferencia a la teoría del domicilio, porque sólo así, opinan los juristas alemanes, podrán ser protegidos los intereses del Estado que en mayor medida se vea afectado por la actividad de la sociedad

b).- *La teoría del domicilio y sus sanciones*

De acuerdo con la teoría del domicilio, el interés legítimo que tiene cada país en tratar de evitar que su ordenamiento jurídico, sobre todo las disposiciones de protección a los acreedores, socios y trabajadores de la empresa, no sean ignorados por sociedades extranjeras con estatutos más laxos, sólo se puede lograr mediante la negación del reconocimiento de dicha sociedad. Esta "sanción" debe entenderse como un desconocimiento de la capacidad jurídica de dicha sociedad y se presenta como consecuencia de la falta de identidad existente entre el país de incorporación y el país donde se encuentra ubicado el domicilio social de la sociedad.

En el caso de que una sociedad extranjera no reconocida tuviera su domicilio social en territorio alemán, se aplicarían las normas del derecho alemán, a fin de determinar qué carácter y tratamiento

jurídico debe dársele a ese organismo. En caso de que un comerciante individual hubiera ejercido una actividad mercantil bajo la forma de una sociedad extranjera, respondería éste en forma personal e ilimitada de todas las operaciones realizadas en nombre de la sociedad. Si, por otra parte, la sociedad extranjera cumpliera al parecer con los requisitos de una sociedad anónima (*Aktiengesellschaft "AG"*), o bien, de una sociedad de responsabilidad limitada alemana (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung "GmbH"*), se aplicarían en forma análoga los § 41 fracción primera párrafo segundo de la Ley de Sociedades Anónimas (*AktG*) y § 11 fracción segunda de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (*GmbHG*), respectivamente, considerándose a estos organismos como sociedades que no han cumplido con todos los requisitos de validez que se requieren para la constitución de una sociedad de este tipo. Ambos preceptos disponen que quien actúe en nombre de la sociedad antes de que ésta quede inscrita, responderá en forma personal; si hubieren sido varios los que actuaron, entonces responderían solidariamente. De esta manera, los seguidores de la teoría del domicilio aseguran que, mediante la aplicación del derecho del domicilio, los acreedores de la sociedad y demás interesados no quedarán desprotegidos en su esfera jurídica con la sanción de la negación del reconocimiento de la sociedad.

c).- *El estatuto corporativo unitario*

Como se dijo anteriormente, el ordenamiento jurídico que regula las relaciones jurídicas de una sociedad recibe el nombre de estatuto corporativo o *lex societatis*. De acuerdo con la teoría del domicilio las relaciones de una sociedad, salvo excepciones, serán vinculadas en forma unitaria a un solo ordenamiento jurídico. La extensión del estatuto personal será determinado por las normas jurídicas aplicables del derecho del país en cuestión. De conformidad con el sistema jurídico alemán, la *lex societatis*, determinará los siguientes puntos, a saber:

- aa).- La naturaleza jurídica, la validez de la constitución de la sociedad, así como la adquisición y pérdida de la capacidad jurídica de la sociedad. Tratándose de la capacidad jurídica para adquirir determinados derechos y obligaciones, como por ejemplo la capacidad para expedir títulos de crédito, ésta será vinculada al derecho del lugar donde se produzcan los efectos del acto, o bien al derecho del país en cuyo territorio se ejerciten los derechos adquiridos.
- bb).- El derecho del país del domicilio social regula además la situación jurídica de los órganos de la sociedad en sus relaciones externas, determinando entre otras cuestiones sus facultades de representación.

cc).- La capacidad para ser parte en un juicio y la capacidad procesal son aspectos que también están supeditados al estatuto personal de la sociedad. De conformidad con lo dispuesto por el § 50, fracción primera, del Código de Procedimientos Civiles (*Zivilprozessordnung "ZPO"*) tiene capacidad para ser parte quien tiene capacidad jurídica.

Aun cuando la capacidad para ser parte parece vincularse únicamente al estatuto corporativo, algunos autores se pronuncian por la creación de una norma conflictual independiente que determine la capacidad para ser parte. Tal argumento encuentra su fundamento en el § 124 del Código de Comercio Alemán (*Handelsgesetzbuch "HGB"*) y en el § 50 fracción segunda del *Z.P.O.* que, por su parte, establecen que la sociedad sin capacidad jurídica podrá llegar a ser demandada y adquirirá para efectos del juicio la capacidad de ser parte. De tal manera, una sociedad también podrá ser parte, aun sin tener capacidad jurídica³⁰.

De la misma manera debe vincularse la capacidad procesal. En caso, de que de acuerdo con el estatuto corporativo no tuviera la sociedad la capacidad procesal, la sociedad podría adquirirla, si

corporaciones similares gozaran de ella dentro del derecho alemán³¹
(§55 del Z.P.O.).

- dd).- El estatuto personal de la sociedad resuelve también cuestiones empresariales, tales como el derecho de cogestión de los trabajadores y la participación de colaboradores en la empresa (*Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer und die Beteiligung der Mitarbeiter*). Las reglas del derecho de cogestión se encuentran vinculadas al estatuto corporativo alemán, lo cual quiere decir que este derecho no es aplicable a sociedades que tengan un estatuto personal extranjero.
- ee).- Finalmente, así como la *lex societatis* resuelve la cuestión de la existencia jurídica de una sociedad, también es competente para la determinación de la disolución y de la liquidación, así como en los casos de quiebra.

La seguridad jurídica en el tráfico mercantil internacional se ve garantizada con la unidad del estatuto corporativo, en virtud de que la aplicación de un solo ordenamiento jurídico no conlleva a dificultades tales como la mezcla de normas.

d).- *Compatibilidad de la teoría del domicilio con el Tratado de la Comunidad Económica Europea.*

aa).- *Libertad de Establecimiento.*

La facultad de establecerse libremente dentro del territorio de la Comunidad Europea se encuentra regulada por los artículos 52 y 58 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (T.C.E.E.). La libertad de establecimiento está dividida en primaria y secundaria. La primaria abarca "la admisión y el desempeño de actividades lucrativas independientes, así como la constitución y dirección de empresas... de conformidad con las disposiciones del país receptor, para sus propios nacionales"³². La secundaria se ocupa, por su parte, de la constitución de agencias, sucursales y subsidiarias.

De conformidad con el artículo 52 del T.C.E.E., las restricciones al libre establecimiento de ciudadanos de los países miembros deben ser suprimidas gradualmente. El artículo 58 extiende este derecho a las sociedades. Entiéndase por sociedades las civiles, mercantiles y demás personas jurídicas de derecho público, en tanto persigan un fin

32.- Ebenroth / Eyles, Die innerdeutsche Verlegung des Gesellschaftssitzes als Ausfluss der Niederlassungsfreiheit, DB 1989, p.p. 363, 364

lucrativo. Las sociedades deben estar constituidas conforme a las normas de un país miembro y deben tener su domicilio estatutario, su administración principal o su establecimiento principal dentro de la Comunidad. La equivalencia de estos tres puntos de conexión demuestra que el T.C.E.E. acepta la diversidad existente entre los derechos conflictuales de los países miembros, que en parte siguen la teoría de la fundación (*Holanda, Inglaterra, Dinamarca*) y en parte la teoría del domicilio. El artículo 58 otorga a las sociedades el derecho de establecerse en otro país de la Comunidad Europea si, de acuerdo con las normas de derecho conflictual del país receptor, ésta tiene capacidad jurídica. De esta forma queda claro que el artículo 58 no es el fundamento del reconocimiento, sino que lo presupone.

En sentencias recientes el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea otorgó primacía a los derechos conflictuales y materiales de cada uno de los países miembros, en todos los ámbitos del derecho mercantil en los que no se ha logrado ni una armonización de los derechos nacionales, ni la celebración de un tratado, tal como lo disponen los artículos 54 fracción tercera inciso g y 220 tercer inciso del T.C.E.E., respectivamente³³. Debido a que en materia de reconocimiento no existe una armonización de los derechos nacionales de los países miembros, ni un tratado

internacional que la regule, el estatuto personal de las sociedades será determinado por los derechos conflictuales de los países miembros.

En tanto que los derechos corporativos de los países miembros no sean equivalentes ni homogéneos, y por lo tanto no intercambiables, la República Federal Alemana seguirá haciendo uso de la teoría del domicilio, ya que se le considera un instrumento necesario de interés general, que asegura la validez de las disposiciones imperativas de carácter mercantil de los países miembros de la Comunidad Europea. "Sustentar la teoría de la fundación sería tanto como aprobar la constitución ilimitada de sociedades bajo el derecho europeo comunitario más laxo."³⁴

bb) *Prohibición discriminatoria.*

Los artículos 52 y 58 son una extensión de la prohibición general discriminatoria, contenida en el artículo 7 del T.C.E.E. De acuerdo con esta prohibición, no deben vincularse consecuencias jurídicas desfavorables a la calidad extranjera de ciudadanos o sociedades afiliadas a la Comunidad Europea.

Con esta prohibición la compatibilidad de la teoría del domicilio, es puesta en duda por sus adversarios. De acuerdo con el jurista alemán Behrens, seguidor de la teoría de la fundación, a la teoría del domicilio debe atribuírsele un carácter discriminatorio, ya que, de conformidad con ésta, una sociedad con domicilio social en la República Federal Alemana sólo será reconocida en ese lugar si se trata de una sociedad nacional, pero no si se trata de una sociedad extranjera.

Los seguidores de la teoría del domicilio niegan todo trato discriminatorio y aseguran que, tanto sociedades extranjeras en territorio nacional como sociedades nacionales en el extranjero, gozan de un trato equitativo y al efecto realizan la comparación de dos sociedades constituidas bajo el derecho de dos países que sigan la teoría del domicilio. Lo anterior en virtud de que si una sociedad alemana constituye o traslada su domicilio social a Francia, seguidor de la teoría del domicilio, ésta será igualmente sancionada con la negación del reconocimiento, como una sociedad francesa con domicilio social en Alemania.

La relación que pueda tener la República Federal Alemana con un país que siga la teoría de la fundación, puede parecer en un primer momento como un trato discriminatorio, ya que por el efecto del reenvío "simple" (*artículo cuarto EGBGB*) puede llegar a ser reconocida una sociedad alemana con domicilio social en el

extranjero. Este efecto no se considera sin embargo, como una trasgresión a la prohibición discriminatoria, ya que las consecuencias jurídicas creadas por la teoría de la fundación pueden ser desechadas si el país extranjero decide cambiar sus puntos de conexión.

La elección de los puntos de conexión se encuentra íntimamente ligada con la forma como cada país hace valer su derecho material. Para una mejor comprensión recurriremos al estudio comparativo del sistema jurídico alemán, seguidor de la teoría del domicilio y del sistema jurídico inglés, representante de la teoría de la fundación. El ordenamiento jurídico alemán resuelve el cómo hacer valer las disposiciones mercantiles como, por ejemplo, las proteccionistas de los intereses de los acreedores, accionistas minoritarios, dentro del ámbito del derecho privado, y otorgándoles a éstas un carácter de normas imperativas. El ordenamiento jurídico inglés, por su parte, no goza de normas mercantiles rígidas, y por ello conecta sus disposiciones laxas a un sistema estatal de intervención, control y vigilancia muy rígidos y que son aplicables tanto a sociedades inglesas como a extranjeras. Siendo estas disposiciones de orden público, tendrán una eficacia meramente territorial. Si la República Federal Alemana siguiera la teoría de la fundación, esto traería como consecuencia el que la sociedad inglesa pudiera quedar libre del control estatal al emigrar a dicho país, sin que además pudiera quedar sujeta a las disposiciones rígidas del derecho alemán, pues su

estatuto corporativo estaría regido únicamente por las normas laxas del sistema jurídico inglés.

En virtud de que el ordenamiento jurídico alemán no conoce un sistema de vigilancia y control fuera de sus disposiciones mercantiles, similar al inglés, la sociedad se encontraría en un ámbito de amplia libertad jurídica. La teoría del domicilio busca evitar situaciones ventajosas injustas de sociedades extranjeras respecto de sociedades nacionales, por lo que se considera que dicha teoría no conlleva a una discriminación de sociedades extranjeras, sino únicamente a una equiparación con sociedades alemanas.

CAPITULO SEGUNDO

EL RECONOCIMIENTO DE SOCIEDADES EXTRANJERAS DE CAPITAL, DE CONFORMIDAD CON EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO

Antes de iniciar el estudio sobre el reconocimiento de la extraterritorialidad de la personalidad de las sociedades extranjeras, me parece importante hacer referencia al tema de la nacionalidad de las sociedades, ya que, como veremos más adelante, nuestra legislación hace uso de dicho término y marca una diferencia entre sociedades nacionales y sociedades extranjeras; hablar de unas y otras hace una diferenciación de trato entre ambas categorías, por lo que respecta a su régimen jurídico. Y es precisamente su determinación la que vincula al problema de la "atribución de nacionalidad" a sociedades.

1.- ATRIBUCION DE NACIONALIDAD A LAS SOCIEDADES

El problema de la nacionalidad de las sociedades ha sido motivo de controversia dentro de la doctrina desde hace mucho tiempo. En tanto algunos autores sostienen la tesis de que las personas morales, específicamente las sociedades mercantiles, gozan de una auténtica nacionalidad, otros se oponen a la misma. La breve exposición que a continuación se presenta sobre las diversas teorías acerca de si las personas morales tienen o no nacionalidad, se referirá esencialmente a sociedades mercantiles, aunque estos principios generales pueden ser aplicados también a otros tipos de sociedades.

a).- *Teorías afirmativas sobre la nacionalidad de sociedades*

El punto de partida de esta doctrina es básicamente la pretendida similitud en cuanto a derechos y obligaciones que tanto las personas físicas como morales tienen por igual. Como la persona física goza de una nacionalidad, estos autores no ven motivo alguno por el que las personas morales no puedan gozar también de ella. Esta teoría se desarrolló durante la Primera Guerra Mundial y sus principales exponentes fueron los franceses Mazeaud y Ferrara.³⁵

En México, Enrique Helguera y Carlos Arellano García se han pronunciado también en favor de esta tendencia. Ambos autores consideran que la nacionalidad es una consecuencia lógica de la atribución de personalidad. Siendo ésta atribuible tanto a personas físicas como morales, no ven una base lógica que impida negar la nacionalidad a éstas últimas. No desconocen, sin embargo, las diferencias existentes entre las personas morales y los individuos, como puede ser el derecho del voto que tienen éstos. Helguera señala que "no debe extrañar la existencia de diversos alcances de la nacionalidad a individuos y a sociedades por ser natural que las consecuencias de una noción jurídica se adapten a la manera de ser del ente al cual se aplica"³⁶ "No se va a sobrecargar la sociedad,

35.- Citados por Perezniecto Castro Leonel, Derecho Internacional Privado, 1989, p. 67

36.- Helguera Soiné Enrique, La Nacionalidad de las Sociedades Mercantiles, Imprenta Ocampo, 1953, p. 186

porque su naturaleza no lo permite, con consecuencias políticas sólo pensables en el individuo, como la obligación militar y el derecho de voto"³⁷. La presencia de esos elementos diferenciales no conduce, a opinión de los autores, a que se niegue la nacionalidad de las personas morales, puesto que consideran que las características diferenciales se presentan aun entre personas físicas.

Al ser la sociedad un ente capaz de derechos y obligaciones, la consideran como perteneciente a un Estado con todas las consecuencias inherentes a una nacionalidad. Así pues, sostienen que la nacionalidad es en última instancia la vinculación persona-Estado. Los individuos "formarán jurídicamente la sustancia del Estado, el elemento llamado "población" como consecuencia de la nacionalidad, pero no como causa de la nacionalidad."³⁸ "Es cierto que las personas morales nacionales, a diferencia de las personas físicas nacionales, no forman la sustancia del Estado, pero no se ha demostrado que éste sea un requisito indispensable para que se produzca el fenómeno de la nacionalidad."³⁹

37.- Arellano García Carlos, Derecho Internacional Privado, Edit. Porrúa, 1989, p. 295

38.- Helguera Soiné, op. cit., p. 186

39.- Idem, p. 190

b).- *Teorías que rechazan la nacionalidad de las sociedades*

Niboyet, uno de los primeros tratadistas que se ocuparon del tema, se refiere a esta incógnita del derecho internacional privado, señalando: "Siendo la nacionalidad un vínculo político con un Estado, no es posible que dicho vínculo pueda existir entre una persona moral y un Estado, pues de lo contrario perdería toda su significación. Cuando el Estado determina quiénes son sus nacionales, lo que realmente hace es un inventario; sin nacionales, el Estado no podría existir, pues la soberanía personal, una de las dos manifestaciones de la soberanía, no podría ejercerse sobre nadie."⁴⁰ "La verdadera nacionalidad, la única que existe, crea una relación de orden político entre un individuo y un Estado."⁴¹

Por su parte, los maestros mexicanos Eduardo Trigueros y José Luis Siqueiros Prieto, entre otros, se alinean entre los negativistas. Eduardo Trigueros señala que: "Siendo la nacionalidad... un atributo jurídico que señala a los individuos que forman el grupo al que teológicamente se dirige el Estado, es absurdo pensar en que tal grupo pueda estar formado simultáneamente por seres biosféricos y por centros de imputación jurídica."⁴²

40.- Niboyet J.P., Principios de Derecho Internacional Privado, Edit. Nacional, 1980, p. 141

41.- Idem, p. 142

42.- Trigueros S. Eduardo, La Nacionalidad Mexicana, Jus 1940, p. 18

"La persona, sujeto de derecho, derivación del orden jurídico es, como todo el medio de que se sirve un grupo de hombres para la realización de sus fines, y en consecuencia debe ser considerado no dentro del grupo cuya finalidad realiza el Estado, sino entre los medios que el Estado proporciona al grupo para la realización de sus fines. La nacionalidad, tal como la concebimos, con el sentido con que es técnicamente útil en el conocimiento jurídico, no puede de manera alguna referirse a la persona, sino al hombre."⁴³

El maestro Siqueiros se pronuncia en los mismos términos que Trigueros y añade:

"Así, razones utilitarias y de conveniencia internacional han aplicado a las sociedades este atributo jurídico, con el fin de designar cómodamente un conjunto de normas, principios, derechos y obligaciones al que se encuentra ligada la persona jurídica respecto del Estado que autoriza su existencia social." "Pues bien, para esquivar, por razones de comodidad práctica, una expresión tan compleja como sería la de estatuto jurídico de la persona moral respecto al Estado que debe su existencia, pero tal vez más apropiada dentro de la técnica jurídica, se ha conservado una expresión híbrida, como es, la nacionalidad de sociedades."⁴⁴

43.- Idem, p. 19

44.- Siqueiros Prieto José Luis, *Las Reclamaciones Internacionales por Intereses Extranjeros en Sociedades Mexicanas*, Imprenta Univ., p.p. 26-27

Como puede apreciarse, la diferencia básica entre ambas posturas radica en la definición que del concepto nacionalidad se establece. Si en el concepto que se cree de nacionalidad se comprenden características propias y exclusivas de las personas físicas, como es que éstas formen el elemento sustancial del Estado llamado pueblo, será lógico que ésta no sea atribuible a las personas morales, pues éstas no pueden ser unidades del pueblo de un Estado. Si, por el contrario, se piensa que la nacionalidad puede presentarse aunque no se forme parte de la esencia del Estado, entonces ésta será atribuible a las sociedades. En realidad nos damos cuenta de que se trata de una cuestión terminológica y desde este punto de vista es difícil crear argumentos que acepten o condenen una u otra teoría. Sin embargo, el peligro de atribuir nacionalidad a las sociedades radica, en las confusiones innecesarias a que ésta puede conducir, como puede ser el equiparar a las personas morales con las personas físicas.

Un Estado tendrá relaciones diversas con las personas morales, según éstas se hayan formado de acuerdo con sus leyes o de acuerdo a leyes extranjeras y se encuentren domiciliadas en su territorio. Tal diferenciación nos debe conducir a determinar qué ordenamiento jurídico es relevante para el nacimiento, la vida, la función y la desaparición de cada una de las sociedades en cuestión, por lo que desde el punto de vista conflictual sería mejor hablar del estatuto

personal y no de la nacionalidad de sociedades. Sin embargo, en el curso del presente trabajo hablaremos también de sociedades nacionales y extranjeras, por ser un término constantemente utilizado en nuestra legislación.

c).- *Criterios para determinar la nacionalidad de las sociedades*⁴⁵

1.- Criterio del centro de explotación.

De acuerdo con este criterio, la sociedad tendrá la nacionalidad del país donde ésta suele "materializarse", donde su actividad aflora, es decir, el país donde tiene lugar la explotación.

2.- Criterio de la nacionalidad de los socios.

En este sistema, la nacionalidad de la sociedad se determinará por la nacionalidad de los socios.

3.- Criterio del domicilio social o legal.

La sociedad adquirirá la nacionalidad del lugar en donde se ubique el domicilio social o legal. Entiéndase por éste el lugar donde se encuentra la administración de la sociedad.

45.- Cervantes Ahumada Raúl, Derecho Mercantil, 1982, p. 52

4.- Criterio de control.

Este criterio surgió durante la Segunda Guerra Mundial y fue utilizado principalmente por tribunales franceses. Su objetivo era localizar a las sociedades que pertenecían "al enemigo"⁴⁶. Este criterio pretende que, por la nacionalidad de los asociados, de los cuadros directivos, de los capitales, el origen de la toma de decisiones, etc., se fije la nacionalidad.

5.- Criterio de la fundación.

Según este criterio, la sociedad tiene la nacionalidad del país conforme a cuyo derecho ha sido organizada.

Mediante estos criterios, se pretende determinar qué derecho se aplicará a las sociedades, a fin de establecer su vinculación a un determinado Estado. Más adelante veremos cuál es el sistema aceptado por nuestra legislación.

2.- LA "NACIONALIDAD" DE LAS SOCIEDADES EN EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO

Según nos dice el maestro José Luis Siqueiros, las "leyes constitucionales de 1824, 1836, 1843 y 1847 no hacen ninguna mención de sociedades extranjeras y se refieren sólo en partes aisladas a la condición de los extranjeros como personas físicas; tampoco la Constitución de 1857 atribuye

46.- Percznieto Castro Leonel, op. cit. p. 71

todavía la nacionalidad mexicana a las personas morales, ni los Códigos Civiles de 1870 y 1884 o el de Comercio publicado en 1889, se refieren en su articulado a una posible asignación de nacionalidad a las sociedades civiles o mercantiles."⁴⁷

No es sino hasta el surgimiento de la ley de Extranjería y Naturalización, también conocida como ley Vallarta (28 de mayo de 1886), que se regula expresamente la nacionalidad de las sociedades:

Artículo 5.- "La nacionalidad de las personas o entidades morales se regula por la ley que autoriza su formación; en consecuencia, todas las que se constituyan conforme a las leyes de las República serán mexicanas, siempre que además tengan en ella, su domicilio legal."

Actualmente son diversos los ordenamientos dentro de nuestra legislación que atribuyen nacionalidad a las sociedades. Entre ellos se encuentran:

I.- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del año 1917 que en su artículo 27 Fracción I establece:

Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las *sociedades mexicanas* tienen derecho de adquirir el dominio de las tierras, las aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas y aguas.

- II.- El Código de Comercio que en su artículo 3 Fracción III estipula que se reputan en derecho comerciantes:

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

Asimismo, el artículo 15 de la ley en cuestión señala que:

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 cuanto concierna a la creación de sus 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*".

- III.- La ley General de Sociedades Mercantiles, que regula en su capítulo XII, artículos 250, 251 a las "*Sociedades Extranjeras*."

El señalamiento de las disposiciones anteriores es enunciativo, mas no limitativo.

Sea cual fuere la posición personal que se tome acerca de la atribución de nacionalidad de sociedades, es claro que nuestra legislación se inclina por la atribución de la misma. Lo anterior se desprende de la lectura de las disposiciones señaladas, así como por el contenido del artículo 5 de la ley de Nacionalidad y Naturalización

de fecha 19 de enero de 1934 publicada el 20 del mismo mes y año y que retomó los principios de la ley de Extranjería y Naturalización y que a la letra dice:

"Son personas morales de *nacionalidad mexicana* las que se constituyan conforme a las leyes de la República, y que tengan en ella su domicilio legal."

De acuerdo con lo anterior, una sociedad mercantil constituida de conformidad con las disposiciones contenidas en la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, es decir, ante Notario Público (artículo 5) y observando los requisitos establecidos en el artículo 6 de la ley en cuestión, deberá tener además su domicilio legal en la República, a fin de adquirir la nacionalidad mexicana. Entiéndase que los dos presupuestos no son alternativos, sino acumulativos.

La importancia de esta disposición es de primer orden, pues señala los criterios por seguir para considerar a una sociedad como mexicana, en el entendido de que las sociedades que no reúnan los requisitos que corresponden a las sociedades mexicanas, por exclusión deben ser estimadas como extranjeras. Más adelante analizaremos cada elemento de dicha disposición y sus efectos en materia de reenvío en caso de constitución de sociedades, así como en el traslado del domicilio fuera de territorio nacional.

3.- **EXISTENCIA LEGAL DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS**

México, al igual que la República Federal Alemana y demás países del orbe, tiene particular interés en regular la actividad de las sociedades extranjeras que deseen actuar en su territorio. La actividad de las sociedades extranjeras puede ser ocasional, es decir, sin propósito alguno de ejercer el comercio de una manera habitual y sistemática, o bien en forma permanente, mediante el establecimiento de sucursales o agencias. Independientemente de la forma en que decida actuar la sociedad, la determinación previa del estatuto corporativo será primordial para fijar su existencia legal y así poder vincularla a un determinado Estado. En este apartado nos ocuparemos únicamente del aspecto conflictual, es decir, del reconocimiento de sociedades extranjeras en el sistema jurídico mexicano.

En México, a diferencia de la República Federal Alemana, sí existe en la legislación una disposición expresa que determine el estatuto personal de las sociedades extranjeras. El artículo 250 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (*LGSM*) señala los supuestos bajo los cuales una entidad extranjera es reconocida en México como sujeto de derecho:

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

De la interpretación de esta disposición se desprende que el ordenamiento jurídico mexicano acepta la teoría "pura" de la fundación como criterio de vinculación al estatuto personal de la sociedad extranjera. Así, la

personalidad jurídica de una sociedad extranjera queda determinada por el ordenamiento jurídico que haya sido elegido por los socios fundadores. Si la sociedad se constituyó válidamente de conformidad con dichas leyes, ésta se reconocerá de inmediato en México. La personalidad jurídica se atribuye a las sociedades extranjeras, no importando si en su país de origen carecen de ella. Tal es el caso de la *offene Handelsgesellschaft "OHG"* (Sociedad en nombre colectivo) alemana o la *partnership* norteamericana. Dicha personalidad se reconoce, pues nuestra Ley parte de la posición que supone que el Estado no reconoce, sino que crea la personalidad.

Esta situación jurídica sobre el reconocimiento de sociedades no fue, sin embargo, siempre compartida por la jurisprudencia mexicana.

4.- LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION SOBRE LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS, A PARTIR DE 1929

Hasta 1928 las sociedades extranjeras constituidas de conformidad con su derecho de incorporación adquirían personalidad jurídica.

Esta interpretación fue contradicha en el mes de septiembre de 1929, cuando la Segunda Sala en Materia Administrativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (S.C.J.) varió su criterio al dictar resolución en el Juicio de Amparo promovido por Zardain, Hnos. y Coags. En el presente fallo se determinó que una sociedad norteamericana, específicamente,

constituida bajo las leyes del Estado de Nueva York, carecía de existencia legal en México como consecuencia de la falta de inscripción en el Registro Público de Comercio⁴⁸ y porque los supuestos del artículo 24 del Código de Comercio no fueron observados. Ya que ni la escritura constitutiva, ni los documentos sociales respectivos, se encontraban legalizados en México, la Suprema Corte se pronunció por la negación de la capacidad jurídica. Otras ejecutorias reiteraron la resolución del caso Zardain hasta que se formó jurisprudencia.

Otro caso, también resuelto en los mismos términos que el anterior y que por su impacto internacional debe mencionarse, es el caso "Palmolive"⁴⁹. La compañía Palmolive, una sociedad norteamericana, creada al amparo de las leyes del Estado de Delaware, había registrado su marca en el registro mexicano correspondiente hacia los años de 1920-1925. Paralelamente, una sociedad mexicana había comenzado a producir un jabón con el mismo color y olor que el producto de dicha compañía y había intentado, bajo una marca muy similar, esto es "Palmayolivo", introducirse en el mercado.

La compañía Palmolive⁵⁰ inició la acción correspondiente ante tribunales mexicanos. La sociedad demandada opuso, por su parte, la excepción de falta de personalidad jurídica, argumentando que la actora era una sociedad

48.- Commercial Law of Mexico and the United States, Selected Topics, School of Law and the Institute of Latin American Studies, The University of Texas, 1961, p. 4

49.- Siqueiros Prieto J.L., op. cit., p.p. 74 y 75

50.- Tellez, Ulloa, Jurisprudencia Mercantil Mexicana, 1953, Tomo V. "The Palmolive Company", p. 1294, Tomo XXVII, 5a. época, 1929.

extranjera que carecía de existencia legal en México porque no se encontraba inscrita en el Registro Público de Comercio mexicano. El caso fue remitido a la S.C.J., que dictaminó lo siguiente:

Sociedades Extranjeras. La inscripción en el Registro de una sociedad mercantil no tiene el carácter de potestativa, pues según el artículo 19 del Código Mercantil, es obligatoria. El hecho de que, conforme al artículo 15 del Código Mercantil para ejercer el comercio, las sociedades legales constituidas en el extranjero que se establezcan en la República o tengan en ella alguna agencia o sucursal estén obligadas a sujetarse a las prescripciones especiales de dicho Código, en todo cuanto concierne a la creación de sus establecimientos dentro del territorio nacional, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los tribunales de la Nación, no significa que solamente la inscripción se exija para ese único fin, pues el artículo 24 tiene el carácter de un precepto general, con cuyas prescripciones debe cumplir previamente una sociedad extranjera para ser reconocida en México, y para realizar cualquier acto jurídico. Por otra parte, el Registro es el único modo que tienen los terceros

para saber si una sociedad extranjera está constituida y autorizada de acuerdo a las leyes de

su país.

Tomo XXVI, *The Palmolive Company*, p. 1294, apéndice del tomo CXVIII del *Semanario Judicial de la Federación*, p. 1865.

Según la resolución, el reconocimiento de personalidad requería de la inscripción en el registro. Aquí se confundieron normas conflictuales con principios de derecho de extranjería.

En mayo de 1930 la Sala Penal de la S.C.J. resolvió en el amparo promovido por la sociedad norteamericana Chikering / Sons Co., que no podía dejarse a la quejosa desprovista de este derecho constitucional por el hecho de que, siendo una sociedad extranjera, no hubiera cumplido con los requisitos previstos en el código de comercio, en virtud de que el derecho de amparo no podía ser considerado como un acto mercantil sujeto a aquel ordenamiento. Dicha resolución reflejaba evidentemente el criterio expuesto por la corte con anterioridad al año 1929. Desafortunadamente, dos meses después, en el amparo Salinas of México, la Suprema Corte volvió a retomar la posición iniciada en el amparo Zardain y Palmolive, entre otros.

5.- LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES DE 1934

A partir de 1929, la nueva tendencia en la jurisprudencia, surgió en forma casi paralela con el debate sobre las reformas del Código de Comercio. La necesidad de modernizar el derecho mercantil obligó al legislador mexicano a retirar del Código de Comercio las disposiciones de carácter societario, a fin de reglamentarlas una por una. Dicha segregación dio origen a la creación de la Ley General de Sociedades Mercantiles de fecha 4 de agosto de 1934. Esta, en ese entonces nueva Ley, contiene en su capítulo especial el título XII denominado "De Las Sociedades Extranjeras"; que consta de dos artículos, entre los cuales se encuentra el mencionado artículo 250 y el 251, que señala lo siguiente:

Las sociedades extranjeras sólo podrán ejercer el comercio desde su inscripción en el Registro. La inscripción sólo se efectuará mediante autorización de la Secretaría de la Economía Nacional, que será otorgada cuando se cumplan los siguientes requisitos:

I.- Comprobar que se han constituido de acuerdo con las leyes del Estado del que sean nacionales, para lo cual se exhibirá copia auténtica del contrato social y demás documentos relativos a su constitución, y un certificado de estar constituidas

y autorizadas conforme a las leyes, expedido por el representante diplomático o consular que en dicho Estado tenga la República;

II.- Que el contrato social y demás documentos constitutivos no sean contrarios a los preceptos de orden público establecidos por las leyes mexicanas;

III.- Que se establezcan en la República o tengan en ella alguna agencia o sucursal.

Las sociedades extranjeras estarán obligadas a publicar anualmente un balance general de la negociación, visado por un Contador Público titulado.

De la redacción de ambos artículos se puede observar la clara intención del legislador de poner en el camino correcto las interpretaciones jurisprudenciales, ya que éste diferencia claramente entre el reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 250) y los requisitos exigidos para que una sociedad extranjera pueda ejercer el comercio en nuestro país (artículo 251).

Lo anterior queda confirmado mediante la Exposición de Motivos de la Ley en cuestión:⁵¹

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 distinta manera, según se trate de una sociedad que pretenda establecer en la República alguna agencia o sucursal, o de otra que solamente debe 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 éste que tocará apreciar en cada caso a la autoridad.

51.- F. Araujo, Abel Velilla, Pedro A. Garay, Edit. Nacional, 1950, p. 36, citado en Arellano García, op. cit. p. 306

Gracias a la creación de la L.G.S.M. y a la crítica doctrinal, tanto nacional como internacional, la cual no se hizo esperar sobre las resoluciones emitidas por la H. Suprema Corte, ésta se vio obligada a variar su criterio, el cual se muestra como sigue:

Sociedades Extranjeras. Prueba de su personalidad.

La Suprema Corte estableció la tesis jurisprudencial que dice: "Sociedades Extranjeras. Son dos los requisitos para que puedan promover amparo: que comprueben su existencia en la República Mexicana, y que quien las representa tenga poder bastante para hacerlo; para lo primero tendrán que protocolizar no solamente sus estatutos, contratos y demás documentos referentes a su constitución, sino el certificado de estar constituidas y autorizadas con arreglo a las leyes del país respectivo, certificación que expedirá el Ministro que ahí tenga acreditado nuestro Gobierno, o, en su defecto, el Cónsul respectivo; para lo segundo, el apoderado debe comprobar que quienes le extendieron el poder obraron con expresa autorización del consejo de directores." Esta tesis, basada en el Código de Comercio, ha sido sustituida por la contenida en

posteriores ejecutorias, al tenor siguiente: "La exposición de motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece, al referirse a las sociedades extranjeras, la diferencia entre aquéllas que pretenden ejercer el comercio y las que sólo traten de emprender la defensa de sus derechos ante las autoridades mexicanas. En el primer caso se exigen los requisitos y las formalidades que fija el artículo 251, en tanto que en el segundo sólo se requiere que estén legalmente constituidas conforme a las leyes de su Estado, según el artículo 250. El medio de acreditar en debida forma, que una sociedad extranjera ha sido constituida de acuerdo con las leyes de su Estado, es el de obtener un certificado expedido en dicho sentido por el representante diplomático o consular que tenga la República Mexicana en el lugar correspondiente."

Si una sociedad extranjera compareció en juicio ante la autoridad judicial de México, en defensa de sus derechos, estando en vigor la Ley de Sociedades Mercantiles que dispone que las sociedades extranjeras legalmente constituidas tienen personalidad jurídica en la República, para lo cual basta la comprobación de su constitución

legal conforme a la Ley de su Estado, no tienen aplicación al caso los preceptos del Código de Comercio que se refieren a que las sociedades extranjeras que quieran establecerse o se establezcan en la República, para ejercer el comercio, deberán inscribir el testimonio de la protocolización de su constitución, estatutos, inventarios etc., en el Registro de Comercio; máxime que el artículo segundo de la citada Ley previene que las sociedades no inscritas en dicho registro que se hayan exteriorizado como tales frente a terceros consten o no, en escritura pública, tendrán personalidad jurídica, precepto que por referirse al funcionamiento de las sociedades mercantiles en general no hay razón para excluirlo en su aplicación, respecto de una sociedad mercantil extranjera, legalmente constituida según las leyes de su Estado, pero no inscrita en el Registro Público de Comercio."

Amparo directo 565-1965, *United States Land and Lumber Co.*, enero, 22 de 1958. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro Mariano Ramírez Vázquez. Tercera Sala Sexta Epoca, volumen VII, cuarta parte, p. 304.

Otra tesis relacionada que establece precedente, aunque no jurisprudencia, y que se refiere a la personalidad es la siguiente:

Sociedades Extranjeras, personalidad de las en juicio.

Si una compañía extranjera comparece en juicio civil, en defensa de sus derechos, como dueña cierta y conocida de los predios objeto de la demanda de declaración de vacancia, y demuestra que está legalmente constituida, le es aplicable la ley vigente, que es la de Sociedades Mercantiles, conforme a la cual tiene personalidad jurídica en los términos de su artículo 250, y no puede desconocerse su existencia jurídica ni sostenerse que haya carecido de capacidad para adquirir los inmuebles a que se refiere, porque hasta la fecha no se haya inscrito en el Registro de Comercio ni tenga autorización de la Secretaría de la Economía Nacional para ejercer el comercio en la República, como lo previene el artículo 251, si en el Juicio Civil no ha pretendido que se le reconozca capacidad jurídica para el ejercicio del comercio, y lo único que ha sostenido es que tiene personalidad jurídica a pesar de su falta de inscripción en el Registro Público de Comercio,

para emprender la defensa de su derecho, como dueña de los predios cuya declaración de vacancia se pretende.

Amparo directo 565-1956 *United States Land and Lumber Co.*, enero, 22 de 1958 Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro. Mariano Ramírez Vázquez. Tercera Sala Sexta Epoca volumen VII cuarta parte, p. 303.

Este criterio, que ha quedado asentado en la Corte, prevalece hasta nuestros días. En efecto, la actividad internacional de las sociedades abarca siempre dos aspectos que se pueden distinguir fácilmente. Uno de ellos se refiere al reconocimiento de la existencia, la personalidad y la capacidad jurídica, es decir, su aptitud para ser titular de relaciones jurídicas. El segundo aspecto tiene que ver con el ejercicio efectivo de tal capacidad, mediante el desarrollo de la actividad que ha sido fijada en su escritura constitutiva. Es la misma diferencia que debe apreciarse en el ordenamiento jurídico alemán, entre *Rechtsfaehigkeit* y *Handlungsfahigkeit*, y que en nuestro sistema se entendería como la diferencia entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.

Cuando una sociedad extranjera actúa en México y realiza actos que no implican el ejercicio del objeto de su actividad societaria, como por ejemplo demandar en juicio a su deudor, invertir en la compra de un inmueble, etc., se entiende que goza de pleno derecho de capacidad de goce, lo que significa que al ente extranjero se le reconoce una existencia o personalidad jurídica extraterritorial, limitada a la realización de ciertos actos. En cambio, cuando la sociedad pretende actuar en nuestro país realizando actos que impliquen el ejercicio del objeto social, como sería el establecimiento de una agencia o sucursal, ésta tendrá solamente la capacidad específica (capacidad de ejercicio) que se requiere para estos efectos, luego de su reconocimiento conforme a la ley local. El significado de la capacidad de goce es muy

distinto del ejercicio de dicha capacidad, que se pone de manifiesto por medio de la actividad social.

En México, el reconocimiento de la sociedad extranjera implica la admisión de la personalidad y la capacidad, conforme a su *lex societatis* que, por lo dicho anteriormente, es la ley del lugar de su constitución (Artículo 250 L.G.S.M.), en tanto que la inscripción en el Registro Público de Comercio sólo será necesaria para que pueda ejercer el comercio. El reconocimiento de las sociedades extranjeras constituye el presupuesto previo y necesario para su actividad extraterritorial. En otras palabras, cualquier actividad fuera de las fronteras de una sociedad mercantil requiere el reconocimiento de su existencia, y por ende de su personalidad, de parte del Estado, donde pretende ejercer su actividad que, para estos efectos, no importa si dicha actividad es accidental o permanente, o si es accesorio o no lo es, al giro de los negocios sociales. En caso de que la sociedad pretenda ejercer una actividad permanente en otro estado, en este caso México, será el derecho interno el que determine la forma como habrá de operar en su territorio. De esta manera y de conformidad con las consideraciones anteriores, bajo el reconocimiento de una sociedad extranjera en México debe entenderse, al igual que en el ordenamiento jurídico alemán, la determinación del estatuto personal.

6.- ESTATUTO PERSONAL

a).- *El estatuto personal unitario*

La *lex societatis* resulta del derecho del país en donde la sociedad tenga ubicado su domicilio estatutario (teoría "pura" de la fundación). De acuerdo con la teoría "pura" de la fundación, las relaciones de una sociedad, salvo excepciones, estarán vinculadas en forma unitaria a un solo ordenamiento jurídico, el cual será aplicable a todos los aspectos relacionados con la constitución, la función, la organización corporativa y la capacidad jurídica de la sociedad. Tratándose de la capacidad jurídica para adquirir determinados derechos y obligaciones, como por ejemplo la capacidad para expedir títulos de crédito, ésta estará vinculada al derecho del lugar donde se produzcan los efectos del acto, o bien al derecho del país en cuyo territorio se ejerciten los derechos adquiridos, tal como lo disponen los artículos 252, 253 y demás, relativos y aplicables de la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Las facultades de representación de los órganos de la sociedad, las modificaciones estatutarias, las resoluciones de asambleas de accionistas, las impugnaciones de las mismas resoluciones y la responsabilidad de los accionistas serán reguladas por el derecho del país del domicilio estatutario. Este decidirá,

además, sobre la capacidad y legitimación procesal (artículo 44 del Código de Procedimientos Civiles).

Asimismo, la disolución y la liquidación de sociedades extranjeras se rigen por el estatuto personal. La disolución de la sociedad matriz extranjera conduce a que la sucursal ubicada en territorio nacional entre en la fase de liquidación, ya que es una consecuencia automática de la personalidad jurídica indivisible de la misma sociedad, en la cual se encuentra incluida su sucursal.

El carácter unitario del estatuto personal encuentra su confirmación en el artículo 2736 del Código Civil para el Distrito Federal que señala 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 registrarán 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. Asimismo, determina que en ningún caso el reconocimiento de la capacidad de una persona moral extranjera excederá a la que otorgue el derecho conforme al cual se constituyó.

De la aplicación del estatuto personal mencionado, se presentarán excepciones establecidas en forma concreta, por lo que respecta a la actividad comercial de las sociedades extranjeras dentro del territorio mexicano. Dicha actividad será regulada por las disposiciones del ordenamiento jurídico mexicano (artículos 15, 24, 251 del Código de Comercio y demás disposiciones relativas y aplicables de la ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera). Lo anterior en virtud de que, quien desarrolle actividades comerciales fuera de sus fronteras nacionales, debe tomar en consideración que sus actividades se encontrarán sujetas al derecho de los diversos Estados, en donde obtengan sus ganancias.

b).- *El estatuto personal y el orden público.*

Como quedó ya señalado, el estatuto personal de la sociedad extranjera deberá ser aplicado en el país en donde dicha sociedad pretende operar. Sin embargo, pudiera darse el caso en que dicho estatuto no llegara a ser aplicado por aspectos de orden público.

Definir el orden público se presenta como una tarea difícil dentro del derecho internacional privado, ya que su contenido

es de relativa variabilidad y está en relación directa con la época y el lugar de cada país.

De conformidad con el Artículo 15 Fracción II del Código Civil para el Distrito Federal, no se aplicará el derecho extranjero cuando las disposiciones de ese derecho o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o a instituciones fundamentales del orden público mexicano. Se trata de un medio del que se vale el Juez para impedir la aplicación de la norma jurídica extranjera en el foro.

En la práctica será difícil determinar cuándo los estatutos de una sociedad extranjera pugnan en contra del orden público mexicano. La relatividad e imprecisión de este concepto conllevan al análisis de cada caso en particular. Considero, sin embargo, que en términos generales puede hablarse de una contravención al orden público cuando el estatuto personal de la sociedad extranjera le permite a ésta realizar actividades, que de conformidad con nuestro sistema jurídico son exclusivas del Estado mexicano, como sería la acuñación de moneda, correos y demás actividades establecidas en los Artículos 27 y 28 Constitucionales, o bien, exclusivo de sociedades mexicanas, como la radio y la televisión.

No obstante lo anterior, si la sociedad puede realizar otras actividades de acuerdo con su objeto social se le reconocerá personalidad, y si reúne los requisitos fijados en la Ley podrá obtener la autorización correspondiente para realizar las actividades que no contravengan el orden público mexicano. La reserva de éste puede conducir a negar la autorización para ejercer el comercio de las actividades que lo contravengan, pero, en tanto que la sociedad se haya constituido de conformidad con las normas del país de origen, no se le podrá negar la personalidad jurídica.

REPERCUSIONES DEL REENVÍO "SIMPLE" Y DEL REENVÍO EN SEGUNDO GRADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO MEXICANO, EN EL CASO DE CONSTITUCION DE UNA SOCIEDAD

- a).- *Fundamentos legales del reenvío "simple" y del reenvío en segundo grado en el derecho conflictual mexicano.*

En el derecho mexicano no existía disposición alguna que rechazara o aceptara el reenvío. La laguna sobre este tema se debía principalmente al sistema territorial predominante en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, preocupaba que, incluso en los casos excepcionales en los que la ley mexicana juzgaba competente a la norma jurídica, no se indicaba si la

norma aplicada era de tipo material o de tipo conflictual. Se sobreentendía que era de tipo material, pero no porque existiera una disposición expresa, sino por interpretación judicial. El maestro Alberto G. Arce opina al respecto⁵²:

Las leyes mexicanas, es decir, el Código Civil y el de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, que son las únicas aplicables a los extranjeros, ignoran por completo la doctrina del reenvío, lo cual se explica porque, siendo eminentemente territoriales, son muy pocos los casos en que el juez mexicano puede ser remitido a la aplicación de la ley extranjera, y en esos pocos casos, es evidente que la ley mexicana se ha referido a las disposiciones de derecho interno, y no a las reglas de conflicto de derecho internacional.

Esta situación cambió a partir del Decreto de Reformas y Adiciones al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de enero de 1988, y mediante el cual se introdujeron los principios del reenvío en nuestro sistema jurídico⁵³. La norma de derecho internacional privado se encuentra contenida en el artículo 14 Fracción II y determina lo siguiente:

52.- Arce G. Alberto, *Derecho Internacional Privado*, p. 133

53.- A diferencia del ordenamiento jurídico alemán, en México no existe un cuerpo legal que contenga solamente normas de tipo conflictual como el EGBGB alemán. Las normas conflictuales mexicanas se encuentran en diversas leyes, como por ejemplo: el Código Civil, el Código de Procedimientos Civiles y la Ley Federal de Títulos y Operaciones de Crédito.

En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente:

II.- Se aplicará el derecho sustantivo extranjero salvo cuando, dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer Estado.

El principio general contenido en el artículo 14 Fracción II supone que, cuando la norma conflictual remita al derecho extranjero, se aplicará la norma jurídica extranjera de carácter material. De esta manera, queda manifiesta la intención del legislador de evitar en todo lo posible un reenvío. Sin embargo, no lo rechaza por completo al establecer la salvedad de que se aplicarán las normas conflictuales del derecho extranjero "cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta con carácter excepcional las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustanciales o de un tercer Estado". No debemos olvidar que lo esencial en el reenvío es que al aplicar el derecho designado por la regla de conflicto de la *lex fori*, se mira primero a sus reglas de conflicto y se considera el derecho designado por ellas.

De esta manera queda claro el grave defecto de la disposición transcrita, ya que el legislador conduce al casuismo y atenta contra la seguridad jurídica, al hacer una excepción y aceptar el

reenvío cuando haya "especiales circunstancias del caso". La relatividad en el concepto de "especiales circunstancias del caso" puede llevar a resultados antagónicos, pues lo que para un juez recae bajo especiales circunstancias, puede no serlo para otro. Desgraciadamente, ni la jurisprudencia ni la doctrina han determinado los lineamientos jurídicos para establecer cuáles pueden ser esas circunstancias especiales.

Este impreciso aspecto, insuficientemente desarrollado dentro de la ciencia jurídica mexicana de cuándo la remisión a derecho extranjero debe entenderse como remisión simple y cuándo como remisión completa, puede conducir a innumerables problemas, en el caso del reconocimiento de una sociedad extranjera, porque dependiendo de ese punto de partida se crearán diversas cadenas de remisión, con la consecuencia de resultados antagónicos. A continuación veremos únicamente los efectos del reenvío simple y del reenvío en segundo grado en caso de constitución de una sociedad desde el punto de vista conflictual.

b).- *Efectos del reenvío "simple" en caso de constitución de una sociedad en el extranjero, con domicilio social en México*

Con el fin de determinar conflictualmente si una sociedad creada bajo derecho extranjero y con domicilio social en el

interior del país puede ser reconocida por nuestro ordenamiento jurídico, será necesario tomar en consideración dos normas conflictuales, es decir, los artículos 250 de la L.G.S.M. y 14 Fracción II del Código Civil. Debido a que el artículo 250 determina la capacidad jurídica de una sociedad extranjera mediante la aplicación de la teoría de la fundación, y tomando como primer punto de partida el principio general del artículo 14 fracción II, que contempla la aplicación del derecho material extranjero, tendremos que, si la sociedad extranjera se constituyó eficazmente de conformidad con las normas materiales del país extranjero en cuestión, ésta adquirirá capacidad jurídica y podrá ser reconocida conflictualmente en nuestro país, aun cuando su domicilio social se encuentre en el interior del país. De esta manera, si la remisión al derecho extranjero se entiende como remisión simple, es decir, únicamente a normas materiales, nos encontraremos con mayor frecuencia ante organismos extranjeros constituidos válidamente. Desde este punto de vista se puede enfocar a la teoría de la fundación como una teoría liberal.

Sin embargo, si según el criterio del juez mexicano se dieran las "especiales circunstancias del caso" que hicieran de la remisión al derecho extranjero una remisión completa, es decir, que se comprendieran normas tanto materiales como conflictuales,

debería entonces señalarse si el país extranjero se encuentra vinculado a la teoría de la fundación o a la teoría del domicilio.

Si el país extranjero sigue la teoría de la fundación, la norma conflictual de éste remitirá a sus propias normas materiales, de tal manera que si éstas fueron observadas, la sociedad extranjera será reconocida en nuestro país.

El caso será distinto si el país extranjero sigue la teoría del domicilio, como en el caso de la República Federal Alemana. Tomando el ejemplo de una sociedad constituida bajo derecho alemán con domicilio social en México, tendremos que, para efecto de reconocerla en nuestro país, nuestro sistema conflictual (Artículo 250 L.G.S.M. y Artículo 14 fracción II del Código Civil) remitirá a la norma del país de origen, en este caso Alemania. La norma conflictual alemana remitirá, por su parte, a la norma del país donde se encuentra ubicado el domicilio social de la sociedad, en este caso México. Lo anterior debido a que, como ya quedó expuesto anteriormente, el sistema jurídico alemán considera que sólo el país que mayormente se vea afectado por la sociedad puede decidir sobre su reconocimiento. El reenvío simple se configura con la remisión que realiza el sistema conflictual alemán a las normas materiales mexicanas. Debido a que en este caso la sociedad no se constituyó de conformidad con las normas materiales del

derecho mexicano, ésta no podrá ser reconocida en nuestro país.

c).- *Efectos del reenvío simple en caso de constitución de una sociedad en México, con domicilio social en el extranjero*

Para desarrollar este tema será necesario iniciar el análisis del artículo 5 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización, ya que se trata de la constitución de una sociedad mexicana.

Ya quedó indicado que, de conformidad con dicho artículo, son mexicanas las sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas y que establezcan además su domicilio en este país. Esta disposición plantea la problemática de determinar qué se entiende por domicilio. La definición jurídica y la determinación del concepto del domicilio no se encuentran en la ley indicada, ni en el Código de Comercio, ni en la Ley General de Sociedades Mercantiles. Esta última se limita a señalar en su artículo 6 fracción VII el domicilio de la sociedad como requisito esencial del acto constitutivo de una sociedad, pero no lo define.

De acuerdo con el artículo 2 del Código de Comercio, "a falta de disposiciones de éste serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común", es decir, las disposiciones del

Código Civil para el Distrito Federal. El artículo 33 del Código Civil recurre al lugar donde se encuentra establecida la administración de la persona moral, para fijar en él el domicilio de ésta.

De acuerdo con lo anterior, deberá entenderse que el domicilio de la sociedad será el lugar donde se encuentre su administración. Como se señaló anteriormente, el domicilio estatutario y el social pueden coincidir, mas no es necesario que siempre sean idénticos. Para la determinación del domicilio estatutario "basta con que se indique la plaza en la que la sociedad tenga su domicilio"⁵⁴. La importancia del domicilio estatutario es vital, pues no sólo constituye un presupuesto de validez de constitución de la sociedad, sino que también es importante para fijar la competencia de la autoridad registral (Artículo 18, 19 y 23 del Código de Comercio), creando con esto los efectos de publicidad necesarios a favor de terceros. Desde este punto de vista, será indispensable que el domicilio estatutario se encuentre en territorio nacional.

Lo ideal es que el domicilio estatutario y el social coincidan, pero ¿qué pasa cuando éstos son divergentes? ¿Basta el mero señalamiento en la escritura constitutiva de un determinado lugar en la República para atribuir la nacionalidad mexicana a

54.- Cervantes Ahumada Raúl, op. cit. p. 46

esa sociedad? Considero que, independientemente del señalamiento de un domicilio estatutario nacional, debe existir un *domicilio real*, es decir, un domicilio social. De esta manera, considero que una sociedad con administración social fuera de la República no podrá ser considerada como sociedad mexicana.

Lo anterior no significa que el domicilio estatutario carezca de importancia; sin embargo, mi opinión respecto de lo señalado en el artículo 5 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización respecto a que sólo sociedades constituidas conforme a las leyes de la República y que tengan ahí mismo su domicilio serán mexicanas, deberá ser entendido en el sentido de que la sociedad no sólo debe tener su domicilio estatutario en el país, sino también un domicilio social, en el caso de que éstos no coincidan. Lo anterior evitará que una sociedad constituida de conformidad con las leyes mexicanas, pero con domicilio social en el extranjero, goce de todas las prerrogativas de una sociedad mexicana, pero llevando las ganancias al extranjero.

Incluso el legislador mexicano se refiere en varias ocasiones al domicilio social, al señalar en el Código Fiscal y en la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos lo siguiente:

1.- Código Fiscal:

"Artículo 9.- Se consideran residentes en territorio nacional:

Fracción II.- a las personas morales: que hayan establecido en México la Administración principal de su negocio.

Artículo 10.- Se considera domicilio fiscal.

Fracción II.- en el caso de personas morales:

a).- Cuando sean residentes en el local en donde se encuentra la administración principal del negocio.

2.- Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos:

Artículo 13.- Es competente para conocer de la quiebra tratándose de sociedades mercantiles, el que tenga jurisdicción sobre el domicilio estatutario y, en el caso de irrealidad de éste, el del lugar en donde tenga el principal asiento de sus negocios.

Por lo que respecta al segundo párrafo del artículo 33 del Código Civil - que prevé la posibilidad de que las sociedades que tengan su administración fuera del Distrito Federal pero que ejecuten actos jurídicos dentro de su circunscripción, se considerarán domiciliadas en el lugar donde los hayan ejecutado, en todo lo que a esos actos se refiere - y al Artículo 34 del mismo ordenamiento, que abre por su parte la posibilidad de formar un domicilio para los efectos especiales de determinada obligación, opino que no deben considerarse como domicilios reales, sino más bien "funcionales", ya que sirven como punto de contacto sólo para ciertas consecuencias jurídicas.

De las consideraciones anteriores y de nuestra interpretación sobre el Artículo 5o. de la Ley de Nacionalidad y Naturalización, concluyo que en

nuestro ordenamiento jurídico no existe una unidad de criterio en cuanto a la determinación del estatuto personal de una sociedad, ya que mientras que para la determinación del estatuto de las sociedades extranjeras se hace uso de la teoría de la fundación (Artículo 250 L.G.S.M.), para la determinación del estatuto de las sociedades mexicanas se aplica la teoría del domicilio (Artículo 5 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización).

Así pues, una sociedad constituida de conformidad con las Leyes Mexicanas, pero con domicilio social en el extranjero, no podrá adquirir la nacionalidad mexicana. Su condición jurídica será la de una sociedad extranjera. Para efectos de su reconocimiento, nuestra norma conflictual (Artículo 250 L.G.S.M.) remitirá a la norma del país donde dicha sociedad fue creada, en este caso México, no habiendo lugar para la configuración de un reenvío. Por lo que respecta a la pregunta de si las autoridades mexicanas reconocen o no a este tipo de sociedades, ésta queda abierta.

d).- *El reenvío en segundo grado y sus repercusiones en la constitución de una sociedad.*

Si una sociedad creada bajo derecho extranjero con domicilio social en otro Estado extranjero, desea actuar en México, debe considerarse, para efectos de su reconocimiento, lo siguiente:

- 1.- Si la norma conflictual mexicana remite a las normas materiales del Estado en donde la Sociedad se constituyó y éstas se

observaron, la sociedad será reconocida en México sin importar si en ese país se sigue la teoría del domicilio o la teoría de la fundación.

- 2.- En caso de que el juez mexicano se pronuncie por una remisión completa, será necesario determinar si el país en donde se llevó a cabo la incorporación se encuentra vinculado a la teoría del domicilio o a la teoría de la fundación.

Si dicho país sigue la teoría de la fundación, se aplicarán sus normas materiales, de tal manera que, si éstas fueron observadas, la sociedad se reconocerá en México.

Si, por el contrario, el Estado sigue la teoría del domicilio, sólo se logrará un reconocimiento si el ordenamiento jurídico del país de constitución acepta el reenvío hecho por el ordenamiento jurídico del país en donde se ubica el domicilio social.

En términos generales, la problemática sobre la configuración de un reenvío "simple" o de un reenvío en segundo grado se reduce a la determinación de si la aplicación de la teoría de la fundación debe entenderse como una remisión simple o una global al derecho extranjero. Considero que, por razones prácticas, la remisión debe entenderse como simple, es decir, únicamente a normas materiales, tratando de evitar en lo posible la configuración de un reenvío. Esto

nos facilitará el reconocimiento de sociedades extranjeras. Aunado a lo anterior, opino que si nuestro ordenamiento ya eligió la norma extranjera aplicable, puede llegar a sembrar desconcierto que, por aplicar la norma conflictual extranjera, se termine aplicando la norma jurídica propia o de un tercer Estado.

8.- DERECHO DE EXTRANJERIA

a).- *La distinción entre normas conflictuales y normas de derecho de extranjería*

El reconocimiento entendido como el cumplimiento de requisitos para ejercer el comercio en territorio nacional, encuentra probablemente su origen en la falta de diferenciación sistemática entre el derecho de extranjería y el derecho conflictual. Sobre la distinción entre ambos señala el autor alemán Firsching que: "El derecho de extranjería se encuentra formado por los preceptos legales que regulan la condición de los extranjeros, sean personas físicas o morales, en forma distinta de los nacionales. Por su parte, las normas conflictuales deciden la cuestión relativa a la aplicación del derecho nacional o extranjero y, en su caso, de cuál derecho extranjero".⁵⁵ Mediante la aplicación de disposiciones de derecho de extranjería, se presupone que serán las normas materiales del derecho nacional y no las normas conflictuales las que se aplicarán a

55.- Karl Firsching, Einführung in das internationale Privatrecht, p. 189

los hechos, materia de la controversia. El derecho de extranjería tiene siempre el carácter de derecho particular destinado a ciertos grupos de personas, e incluso contiene normas establecidas respecto de situaciones excepcionales. En cambio, las normas conflictuales, además de ser de aplicación general, son normas indirectas en virtud de que no dan la solución al problema derivado del tráfico jurídico internacional, ya que se limitan a determinar la norma jurídica que dé la respuesta directa.

La República Federal Alemana realiza una clara distinción entre normas de derecho de extranjería y normas conflictuales, en el entendido de que sólo estas últimas integran el derecho internacional privado alemán. México, en cambio, seguidor de la doctrina francesa, incorpora el derecho de extranjería al derecho internacional privado mexicano. Nuestro sistema jurídico define al derecho internacional privado en un sentido más amplio según el cual se incluyen situaciones con punto de contacto extranjero, como son:

- a).- El derecho de la nacionalidad.
- b).- La condición jurídica de los extranjeros.
- c).- El conflicto de leyes.
- d).- El conflicto de competencia judicial.

Como ya mencioné, el problema del reconocimiento de sociedades extranjeras es entendido en ambos países como un problema de derecho internacional privado. En México, sin embargo, las normas del derecho de extranjería gozan de una gran importancia cuando se trata de la actividad comercial de las sociedades extranjeras, en tanto que en Alemania su aplicación es mínima, ya que una vez que las sociedades son reconocidas en ese país les serán aplicables las normas materiales que se aplican a las sociedades nacionales cuando desean operar en aquel país. La autorización para ejercer el comercio sólo les será negada en caso de que conflictualmente no se les reconozca personalidad. En este apartado quiero describir brevemente la aplicación de las normas de extranjería, para el caso de que una sociedad extranjera reconocida en México desee operar en nuestro país.

b).- *La subsidiaria.*

Las condiciones que nuestro país ofrece a los inversionistas extranjeros han atraído capitales que utilizan diversas formas jurídicas de radicación. Cuando el inversionista extranjero es una sociedad que desea realizar una actividad comercial, utiliza como medio generalmente, la constitución de una subsidiaria.

Cuando una sociedad interviene en la constitución de otra, la que da nacimiento se transforma en sociedad madre o matriz (*Muttergesellschaft*) y la que nace será la sociedad hija o subsidiaria (*Tochtergesellschaft*). La subsidiaria es una entidad que, si bien se encuentra ligada comercialmente a la sociedad matriz, jurídicamente tiene una individualidad propia. Así pues, cuando una sociedad extranjera recurre a la creación de una subsidiaria suscribiendo el capital de ésta, autorizándola a usar su razón o denominación social, cediéndole sus marcas y procedimientos de trabajo, etc., ésta será una entidad jurídicamente independientemente, que, no compromete en su giro social sino su propia responsabilidad, pues su vinculación con la matriz estará circunscrita al terreno comercial exclusivamente y a su régimen interno de funcionamiento y administración.

La subsidiaria es siempre una sociedad que se constituye en un Estado receptor de acuerdo con los requisitos de forma y de fondo exigidos por su legislación.

Desde este punto de vista, es considerada como una sociedad nacional. Para otros efectos, como por ejemplo dentro del régimen de la inversión, será considerada como inversión extranjera precisamente por el vínculo económico que guarda con la sociedad matriz que le dio nacimiento.

Las sociedades subsidiarias de sociedades madres extranjeras serán consideradas en México como sociedades nacionales. Debido a lo anterior, no habrá necesidad de un reconocimiento conflictual, por lo que no serán objeto del presente trabajo. En conclusión, la matriz y la subsidiaria pueden tener diferente "nacionalidad" para nuestra legislación, cuando la matriz se constituye en el extranjero y la subsidiaria en nuestro país.

c).- *La Sucursal.*

La subsidiaria y la sucursal se asemejan en que ambas están vinculadas a la sociedad matriz, pero existe una diferencia fundamental y es que mientras que la subsidiaria es una persona jurídica diferente a la sociedad madre o matriz, la sucursal constituye una simple extensión de la misma y no goza de personalidad jurídica. Es por esta razón que el país en el que se instala dicha sucursal deberá reconocer la personalidad jurídica que la sociedad matriz tiene en el país de origen.

Cuando una sociedad extranjera extiende las operaciones de su giro comercial mediante el establecimiento de sucursales en el interior de la República, es la misma sociedad la que actúa en los distintos puntos en que funcionan estas sucursales, y por consiguiente ésta sociedad es la que queda jurídicamente obligada con la totalidad de su responsabilidad, por las operaciones que realicen dichas

sucursales, sin que pueda excluirse o limitarse esa responsabilidad en forma alguna.

Así pues, debido a esta dependencia jurídica el estatuto personal de la matriz será aplicado a la sucursal, ubicada en territorio mexicano. Por esta razón, la quiebra de la sociedad matriz extranjera proyecta sus efectos en la sucursal, aun cuando cabe advertir que la generalidad de las legislaciones confieren a los acreedores nacionales un derecho de preferencia para el cobro de sus créditos sobre los bienes de la sucursal.

El estatuto personal se refiere a toda la organización corporativa de la sociedad extranjera que actúe en el territorio nacional por medio de la sucursal, incluso las facultades internas y externas de los órganos societarios. De la aplicación del estatuto personal podrán resultar excepciones que se fijarán por la autoridad. En conclusión, la sucursal, al constituir la misma persona jurídica que la matriz, deberá revestir la forma de ésta.

d).- *Procedimiento general para el establecimiento de una sucursal de sociedades extranjeras.*

En relación con el asunto de referencia, los pasos a seguir para el establecimiento de una sucursal en México son los siguientes:

I.- AUTORIZACION DE LA DIRECCION GENERAL DE INVERSIONES EXTRANJERAS DEPENDIENTES DE LA SECOFI.

Deberá presentarse un escrito solicitando autorización con fundamento en el Artículo 5 inciso d de la Ley para promover la inversión mexicana y regular la Inversión Extranjera, señalando el numeral al que se refiere la actividad de la sociedad extranjera de la clasificación mexicana de actividades y productos.

En este escrito debe hacerse una descripción de la sociedad solicitante, describir su situación legal y señalar las actividades que llevará a cabo la sucursal, así como los planes a corto y largo plazos que pretende llevar a cabo dicha sucursal.

Los documentos que deben adjuntarse al escrito son los siguientes:

- 1) Copia certificada del acta constitutiva;
- 2) Copia certificada de los estatutos sociales;
- 3) Certificado expedido por la autoridad competente en el cual se acredite que la sociedad está debidamente constituida conforme a las leyes de su país, y
- 4) Copia certificada de los documentos corporativos de la sociedad en los que se haya acordado el establecimiento de la sucursal.

Todos estos documentos deberán estar traducidos al español por perito autorizado, debidamente ratificados ante cónsul mexicano y protocolizados ante notario público mexicano.

Asimismo, deberá adjuntarse el cuestionario expedido por la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, debidamente contestado con la información referente al establecimiento de una nueva sociedad.

Por último, deberá pagarse los derechos correspondientes al establecimiento de una nueva sociedad.

II.- RENUNCIA EN LOS TERMINOS DEL ARTICULO 27 CONSTITUCIONAL ANTE LA SECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES.

Una vez expedida la autorización a la que se refiere el numeral anterior, debe acudirse a la Secretaría de Relaciones Exteriores presentando un escrito dirigido a la Dirección General de Asuntos Jurídicos y a la Dirección General de Permisos, Artículo 27 Constitucional, en los siguientes términos:

A).- Deberá solicitarse la autorización de la Secretaría de Relaciones Exteriores para el establecimiento de una Sucursal en México, con fundamento en el Artículo 33 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización.

B).- Manifestar que en cumplimiento con lo que establece el Artículo 2º de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y IV del Artículo 27 Constitucional y 33 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización, la sociedad conviene en considerarse como mexicana y en consecuencia en no invocar la protección de su gobierno en caso de que surgiera una controversia derivada del establecimiento de la sucursal bajo la pena, en

caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la nación mexicana los bienes que la sociedad haya adquirido mediante su sucursal (Cláusula Calvo).

A este escrito deberá anexarse:

1).- Copia certificada de los estatutos sociales de la sociedad traducidos al español por perito autorizado, ratificados ante cónsul mexicano y protocolizados ante notario mexicano.

2).- Documentos comprobatorios de las facultades del promovente para hacer la renuncia; en caso de que sea poder, éste deberá contener en forma expresa la facultad de hacer la renuncia mencionada.

Al momento de presentar el escrito y de recoger la autorización de los derechos correspondientes a adquisición por extranjeros, deberá pagarse los derechos.

III.- AUTORIZACION DE LA DIRECCION GENERAL DE FOMENTO AL COMERCIO INTERIOR, DEPENDIENTE DE LA SECOFI.

Debe presentarse escrito dirigido a la Dirección General mencionada en los siguientes términos:

A).- Señalar los antecedentes en relación con las autorizaciones obtenidas conforme a los puntos anteriores.

B).- Con fundamento en el Artículo 251 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, solicitar

autorización para proceder al registro de la sucursal en el Registro Público de Comercio.

Deberá adjuntarse:

- 1) Copia de los oficios en los que consten las autorizaciones a las que se refieren los numerales anteriores.
- 2) Los documentos a los que se refieren los incisos 1, 2 y 3 del numeral I de este memorándum.

IV.- AUTORIZACION JUDICIAL.

Anteriormente debía presentarse promoción de jurisdicción voluntaria ante el Juez de lo Civil en turno con fundamento en los Artículos 260 y 261 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, solicitando se emitiera orden judicial para inscribir en el Registro Público del Comercio el acta constitutiva y los estatutos de la Sociedad. Estos artículos fueron derogados mediante el Decreto de Reformas y Adiciones a la Ley General de Sociedades Mercantiles con fecha 11 de junio de 1992, por lo que dicho requisito no será necesario.

V.- REGISTRO PUBLICO DE COMERCIO.

Se seguirá el trámite ordinario que se sigue para la inscripción de una sociedad mexicana, adjuntando las autorizaciones obtenidas conforme a lo anteriormente expuesto.

VI.- REGISTRO NACIONAL DE INVERSIONES EXTRANJERAS.

Podrá procederse a la inscripción de la sociedad ante este Registro, tan pronto se obtenga la autorización a la que se refiere el numeral I.

Es importante mencionar, que a diferencia de la República Federal Alemana, en México son muy pocas las sucursales de sociedades extranjeras que se han constituido en nuestro país.

e).- *Agencias y oficinas de representación*

Otra posibilidad que tienen las empresas extranjeras de establecerse en México, es el establecimiento, la apertura o la operación de:

- 1.- Oficinas de representación de cualquier tipo, incluidas las de entidades financieras del exterior y compañías reaseguradoras extranjeras.
- 2.- Agencias u oficinas dedicadas a la prestación de servicios informativos o noticiosos.
- 3.- Oficinas de representación sin ingresos.
- 4.- Oficinas que se dediquen temporal y exclusivamente a realizar negociaciones, acuerdos y proyectos con entidades del sector público o privado, o bien a garantizar un servicio previamente pactado, siempre que no obtengan ingresos.

- 5.- Oficinas de representación que realicen labores de investigación o estudios económicos para futuras operaciones de inversión en el país.
- 6.- Agencias u oficinas de representación con ingresos, siempre que se dediquen única y exclusivamente a realizar, como contratistas, obras públicas convenidas previamente con dependencias y entidades del sector público

Estas entidades no constituyen una persona jurídica diferente de la sociedad matriz extranjera, por lo que quedan supeditadas al estatuto personal de ésta.

- f).- *Responsabilidad de sociedades extranjeras, en caso de ejercer el comercio sin autorización*

En el caso de que una sociedad extranjera actúe comercialmente sin haber obtenido las autorizaciones correspondientes y sin cumplir con los requisitos establecidos en la Ley, deberá considerarse lo siguiente:

aa).- Serán nulos los actos que se efectúen en contravención a las disposiciones de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, y los que debiendo inscribirse en el Registro Nacional de inversiones extranjeras no se inscriban y, en consecuencia no podrán hacerse valer ante ninguna autoridad. Los administradores, directores y gerentes generales, comisarios y miembros de los órganos de vigilancia de las empresas, serán solidariamente responsables en lo concerniente a sus funciones,

en la observancia de las obligaciones que establece la ley en cuestión. Aunado a lo anterior, existe también el establecimiento de sanciones pecuniarias.

bb).- En el caso de que una sociedad extranjera realice en México operaciones de tipo mercantil, sin haberse inscrito en el Registro Público de Comercio, le será aplicable la teoría "de las sociedades irregulares". De conformidad con el Artículo 2o. Párrafo Tercero y Quinto de la Ley General de Sociedades Mercantiles, las sociedades no inscritas en el Registro Público de Comercio que se hayan exteriorizado como tales frente a terceros, consten o no en la escritura pública, tendrán personalidad jurídica. Los que realicen actos jurídicos como representantes o mandatarios de la sociedad extranjera "irregular", responderán del cumplimiento de los mismos frente a terceros, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal en la que hubieren incurrido, cuando los terceros resulten perjudicados.

CAPITULO TERCERO

LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE CONFLICTOS DE LEYES EN MATERIA DE SOCIEDADES MERCANTILES

1.- ASPECTOS GENERALES

Del 23 de abril al 8 de mayo de 1979 fue Montevideo, Uruguay, el escenario donde se llevó a cabo la segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre derecho Internacional privado, convocada por la Organización de los Estados Americanos (OEA), de donde resultaron siete convenciones.⁵⁶

Entre estas siete convenciones se encuentra el texto de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, que determina lo siguiente⁵⁷:

"Artículo 1. La presente convención se aplicará a las sociedades mercantiles constituidas en cualquiera de los Estados partes.

Artículo 2. La existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles se rigen por la ley del lugar de su constitución.

Por "ley del lugar de su constitución" se entiende la del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas sociedades.

56- Samtleben J., Die Interamerikanische Spezialkonferenz für internationales Privatecht, *RechtsZ* 44, 1980, p.p. 281-282

57.- Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, impreso en Percznieto Castro L., op. cit., p. 348. Ver también la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, firmada en la Paz Bolivia el día 24 de mayo de 1984.

Artículo 3. Las sociedades mercantiles debidamente constituidas en un Estado serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados.

El reconocimiento de pleno derecho no excluye la facultad del Estado para exigir comprobación de la existencia de la sociedad conforme a la ley del lugar de su constitución.

En ningún caso, la capacidad reconocida a las sociedades constituidas en un Estado podrá ser mayor que la capacidad que la ley del Estado de reconocimiento otorgue a las sociedades constituidas en este último.

Artículo 4. Para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en el objeto social de las sociedades mercantiles, éstas quedarán sujetas a la ley del Estado donde los realizaren. La misma ley se aplicará al control que una sociedad mercantil, que ejerza el comercio en un Estado, obtenga sobre una sociedad constituida en otro Estado.

Artículo 5. Las sociedades constituidas en un Estado que pretendan establecer la sede efectiva de su administración central en otro Estado, podrán ser obligadas a cumplir con los requisitos establecidos en la legislación de este último.

Artículo 6. Las sociedades mercantiles constituidas en un Estado, para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en

su objeto social, quedarán sujetas a los órganos jurisdiccionales del Estado donde los realizaren.

Artículo 7. La ley declarada aplicable por esta convención podrá no ser aplicada en el territorio del Estado que lo considera manifiestamente contraria a su orden público.

Artículo 8. La presente convención estará abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 9. La presente convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 10. La presente convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 11. Cada Estado podrá formular reservas a la presente convención al momento de firmarla, ratificarla o al adherirse a ella, siempre que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas y que no sea incompatible con el objeto y fin de la convención.

Artículo 12. La presente convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique la

convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 13. Los Estados partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente convención, podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a que se aplicará la presente convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

Artículo 14. La presente convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados partes.

Artículo 15. El instrumento original de la presente convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto a la Secretaría de las Naciones Unidas, para su registro y publicación, de conformidad con el Artículo 102 de su Carta constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha organización y a los Estados que se hayan adherido a la convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere. También les transmitirá las declaraciones previstas en el Artículo 13 de la presente convención.

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman la presente convención.

HECHA EN LA CIUDAD DE MONTEVIDEO, República Oriental de Uruguay, el día ocho de mayo de mil novecientos setenta y nueve.

La presente convención se aplica a sociedades mercantiles que hayan sido constituidas de conformidad con las leyes de alguno de los países miembros. Sin embargo, su aplicabilidad no se encuentra limitada a los países que

conforman la OEA, ya que de conformidad con el artículo 10, ésta quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado.

La convención ha sido firmada hasta ahora por, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Haití, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela y México.⁵⁸ La convención se encuentra sujeta a ratificación y los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Cada Estado podrá formular reservas a la misma al momento de firmarla, ratificarla o al adherirse a ella. El presente instrumento entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Hasta la fecha sólo Perú, Uruguay y México la han ratificado.

México depositó el instrumento de ratificación el día 9 de marzo de 1983 y el mismo fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 28 de abril del mismo año.

2.- VINCULACION AL ESTATUTO PERSONAL

Tal como lo dispone el artículo 2 de la convención, para la determinación de la existencia de la capacidad jurídica, del funcionamiento y de la disolución

58.- Frisch Phillip., La Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades, Estudios Jurídicos en Memoria de Roberto L. Mantilla Molina, 1984, p. 299.

de las sociedades⁵⁹ se hará uso, del principio denominado *lex loci constitutionis*, es decir, se aplicará el derecho del lugar de constitución. Entiéndase por éste último, el derecho del país en donde se cumplan los requisitos de forma y de fondo, para la constitución de sociedades.

Por su parte, el artículo 5 del instrumento convencional determina que, cuando una sociedad constituida en un Estado pretenda o establezca la sede efectiva de su administración en otro Estado, podrá ser obligada a cumplir con los requisitos establecidos en la legislación de este último. Este precepto adoptó el texto del artículo 4 del convenio de la Comunidad Económica Europea del año 1968 sobre el Reconocimiento de las Sociedades y Personas Jurídicas, que a su vez refleja la teoría de la sobreposición.

De lo anterior puede resultar una división del estatuto personal, en la medida en que las autoridades judiciales del Estado en cuyo territorio se encuentre la sede efectiva, apliquen a situaciones jurídicas ligadas con dicho territorio la ley de este último.

Lo que se pretende es evitar por medio de la sumisión a las leyes del Estado de la sede efectiva, que sociedades constituidas con base en requisitos corporativos más laxos se reconozcan según las leyes más rigurosas vigentes

59.- "La calificación del término "sociedades" se realiza con base en el estatuto personal (lugar de constitución)"; véase García, Moreno, la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, Derecho Positivo Norteamericano y Mexicano, p. 347

en el país, en donde se encuentra la sede efectiva de la misma sociedad, con lo cual se quiere impedir una evasión de éstas últimas. Las desventajas de ésta teoría ya fueron tratadas en su oportunidad, por lo que me remito a dicho apartado.

3.- METODO DE RECONOCIMIENTO

Las sociedades mercantiles, debidamente constituidas en un Estado parte, serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados. No se necesita la existencia de un acto formal de reconocimiento con efectos constitutivos. Con esto, se pretende que una sociedad formada legalmente sea reconocida automáticamente, de tal manera que no se le pongan obstáculos a su personalidad. Lo anterior no contradice el principio que determina que el Estado receptor no podrá reconocer al ente corporativo más facultades que aquellas que le reconoce el país de origen.

4.- EL ORDEN PUBLICO

De conformidad con el artículo 7 de la Convención, "la ley declarada aplicable por ésta podrá no ser aplicada en el territorio del Estado que la considere manifiestamente contraria a su orden público".

En estos términos, el orden público prevalecerá sobre la ley aplicable.

5.- DERECHO DE EXTRANJERIA

En lo referente al ejercicio directo e indirecto de los actos comprendidos en su objeto social, éste se vinculará al derecho del país en donde los actos se realizan (principio de territorialidad).

De esta manera, y con base en las consideraciones anteriores, la existencia o personalidad de una sociedad se rige por la ley de su constitución, pero el ejercicio de sus actos por la ley del lugar en donde los realice.

6.- COMPATIBILIDAD DE LA CONVENCION CON EL ORDENAMIENTO JURIDICO MEXICANO, EN EL AMBITO DEL RECONOCIMIENTO DE SOCIEDADES EXTRANJERAS.

De conformidad con el artículo 250 de la L.G.S.M. una corporación mercantil extranjera será reconocida con el solo hecho de comprobar su existencia legal en el país de origen. Dicha disposición se encuentra en concordancia con el artículo 2 del instrumento de referencia.

El instrumento convencional distingue claramente entre el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad y el ejercicio de actividades comerciales.

Por otra parte, el artículo 251 de la L.G.S.M., en relación con el artículo 15 Fracción II del Código Civil para el D.F., garantiza el derecho en favor del

Estado mexicano, de negar la aplicación del derecho extranjero, si mediante su aplicación se afectan instituciones del orden público mexicano. Lo anterior coincide con el artículo 7 del convenio interamericano.

Por último, el artículo 15 del Código de Comercio supedita la actividad comercial de las sociedades extranjeras a la aplicación del derecho mexicano tal como lo prevé el artículo 4 de la convención en cuestión.

Con lo anterior queda asentado que la convención se encuentra, en términos generales, en consonancia con la legislación mercantil nacional.

CAPITULO CUARTO

POSIBILIDAD DE TRASLADO DEL DOMICILIO DE LA SOCIEDAD, FUERA DE TERRITORIO NACIONAL

1.- REPERCUSIONES DEL TRASLADO DEL DOMICILIO DE UNA SOCIEDAD, DE ACUERDO CON EL DERECHO ALEMÁN

El crecimiento y la apertura de acceso a mercados internacionales, la "invitación" a sociedades extranjeras para entrar a los mercados nacionales y los esfuerzos internacionales encaminados a eliminar los obstáculos de libre tránsito de sociedades, constituyen el marco para el desarrollo de las relaciones internacionales empresariales. Dentro de este marco, la problemática del traslado del domicilio de la sociedad fuera del territorio nacional adquiere gran importancia.

Los conflictos que surgen como consecuencia del traslado de domicilio al extranjero, o del extranjero al interior de un país, se resumen en esencia a la pregunta de si "la capacidad jurídica de la sociedad otorgada por una determinada soberanía estatal.... puede ser transferida a otro país"⁶⁰, ya que el traslado del domicilio supone un cambio a otro país, pero salvaguardando la identidad de la sociedad.

Los derechos conflictual y material, tanto del país del que emigra la sociedad como del país al que inmigra, deben ser tomados en consideración. Tras un traslado de domicilio, sólo es posible la subsistencia de la sociedad

60.- Münchner Kommentar - Ebenroth, op. cit., p. 215

si ambos ordenamientos jurídicos lo permiten; se trata de la cooperación entre el antiguo y el nuevo derecho conflictual.⁶¹ El derecho material de ambos países tampoco debe obstaculizar la transferencia de la capacidad jurídica al extranjero.

a).- *Traslado del domicilio social de una sociedad extranjera a territorio alemán*

Si una sociedad extranjera traslada su domicilio social a la República Federal Alemana o a otro país vinculado conflictualmente a la teoría del domicilio, se originará automáticamente un cambio de estatuto personal. De acuerdo con la teoría del domicilio, tan pronto como la sociedad se desprende del ámbito jurídico del cual deriva su capacidad jurídica, el país que mayormente se vea afectado por la existencia de la sociedad, será competente para decidir sobre ésta; es decir, el país a donde ha sido trasladado el domicilio social. Como consecuencia de la modificación del estatuto corporativo, el país al que inmigra la sociedad exige la necesidad de una nueva constitución de conformidad con el derecho de su país, sin importar si el derecho conflictual del país emigrante se encuentra enlazado a la teoría del domicilio o a la teoría de la fundación, ya que no solamente se cuestiona si la sociedad sigue subsistiendo de acuerdo con el derecho del país emigrante, sino también si puede ser reconocida y subsistir

61.- Behrens, *Identitätswahrende Sitzverlegung einer Kapitalgesellschaft von Luxemburg in die Bundesrepublik Deutschland*, RIW, 1986, p. 593

de acuerdo con el derecho alemán, es decir, de acuerdo con el derecho del país al que inmigra.

En los últimos tiempos ha surgido una opinión minoritaria⁶², dentro de la doctrina alemana, que argumenta la posibilidad de que una sociedad extranjera traslade su domicilio social a la República Federal Alemana, sin necesidad de una nueva constitución y exigiendo para ello la adaptación del estatuto de dicha sociedad al derecho mercantil alemán, así como la inscripción en el Registro Público del Comercio alemán.

Ya en 1986 el jurista alemán Behrens narró sobre una sociedad luxemburguesa de responsabilidad limitada, que tras un acuerdo unánime de los socios trasladó su domicilio social a la República Federal Alemana. Dicho traslado se efectuó supeditado a la condición de inscripción de dicha sociedad en el Registro Público de Comercio alemán y a la cancelación correspondiente en el Registro Público de Comercio de Luxemburgo.

Por su parte, los representantes de la teoría del domicilio sostienen, que es casi siempre imposible una adaptación al derecho alemán evitando una nueva constitución, ya que la sociedad no se creó bajo derecho alemán, sino bajo derecho extranjero. Los representantes de

62.- Knobbe Keuk, op. cit., p. 334; Grossfeld /Jasper, Identitätswahrende Sitzverlegung und Fusion von Kapitalgesellschaften in die Bundesrepublik Deutschland, *RechtZ* 253, 1989, p.p. 54-55

la teoría del domicilio desean la disolución de la sociedad inmigrante, y en su caso una nueva constitución, bajo el auspicio de leyes alemanas. Por razones prácticas la adaptación del estatuto corporativo extranjero al derecho alemán se rechaza, pues entre otras no queda claro qué autoridad hará valer las exigencias de adaptación. "Si se dejara esta tarea al Director del Registro, se convertiría esta autoridad en una autoridad inquisitiva de sociedades inmigrantes. También es incierto cómo debe juzgarse la etapa transitoria entre la inmigración y la adaptación, cuando se traslade el domicilio social a la República Federal Alemana, antes de que la sociedad quede inscrita en el Registro. A esto, se añaden las consecuencias desfavorables de publicidad que podría originar el Registro doble, aunque temporal, en Alemania y en Luxemburgo"⁶³.

Aunado a lo anterior, tenemos que las adaptaciones se tornarían difíciles cuando en el caso de sociedades con estructuras monistas, como por ejemplo el board inglés, fueran trasladados a territorio alemán, pues no quedaría claro como esa estructura pudiera ser adaptada a una estructura dualista "de consejo de dirección y consejo de vigilancia" de una sociedad. Aun cuando los problemas de adaptación de una sociedad extranjera fueran mínimos, dicho procedimiento no se acepta por la opinión prevaleciente en la doctrina. La aplicación de las disposiciones de la ley de la

63.- Ebenroth/Eyles, Die Beteiligung ausländischer Gesellschaften an einer inländischen Kommanditgesellschaft, DB 1988, Anexo 2, p. 9

transformación (*Umwandlungsgesetz*) y de la ley de sociedades anónimas (*AktG*) sobre la transformación de una sociedad, salvaguardando su identidad, tampoco es aceptada como solución al problema del traslado del domicilio social.⁶⁴

En relación con los Estados Unidos de Norteamérica y con España nos encontramos, sin embargo, ante algunas peculiaridades, ya que el artículo 25 Fracción⁶⁵ V del "Acuerdo Amistoso Sobre el Comercio y Transporte Marítimo" (*Freundschafts-Handels-und Schiffahrtsvertrages*) celebrado entre la República Federal Alemana y los Estados Unidos con fecha del 29 de noviembre de 1954⁶⁶, y el artículo 15 Fracción II⁶⁷ del Tratado alemán-español sobre el Libre Establecimiento (*Niederlassungsvertrages*)⁶⁸, fechado el 23 de abril de 1970 admiten la posibilidad de traslado del domicilio social de una sociedad constituida de conformidad con las leyes de alguno de los países en cuestión, sin necesidad de una nueva constitución. Con esto queda claro que el traslado de domicilio social, salvaguardando la identidad de la sociedad, no le es totalmente ajeno al derecho alemán.

64.- Grossfeld/Jasper, op. cit. p.p. 52-62

65.- "Gesellschaften, die gemäss den Gesetzen und sonstigen Vorschriften des einen Vertragsteils in dessen Gebiet errichtet sind, gelten als Gesellschaften dieses Vertragsteils ihr rechtlicher Statut wird in dem Gebiet des anderen Vertragsteils anerkannt".

66.- Entrada en vigor: 14 de julio de 1956.

67.- "Der rechtliche Status der Gesellschaften der einem Vertragspartei wird im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei anerkannt".

68.- Entrada en vigor: 15 de julio de 1956.

No es posible el traslado del domicilio social de una sociedad mexicana a la República Federal Alemana bajo salvaguarda de su identidad, ya que la determinación de su capacidad jurídica se regiría según el derecho alemán y, de conformidad con éste, la sociedad mexicana se habría salido del ámbito jurídico que le otorgó dicha capacidad, por lo que existiría la necesidad de una nueva constitución de acuerdo con sus normas. Debido a que entre México y la República Federal Alemana no existe todavía convenio internacional alguno, como los existentes entre Alemania y Estados Unidos o entre Alemania y España, no se altera el resultado.

"La necesidad de una nueva constitución en caso de inmigración de una sociedad, resulta del principio de que no puede tener sentido que para la inscripción en el Registro de una sociedad se exiga la ubicación del domicilio en el interior del país, si al día siguiente se le permite trasladar su domicilio al extranjero."⁶⁹ Esta concepción resulta del pensamiento proteccionista en favor de los socios, acreedores y trabajadores que confían en la existencia de la sociedad, supeditada al estatuto del domicilio social correspondiente.

69.- Ebenroth / Sura, op. cit., p. 320

b).- *Traslado del domicilio social de una sociedad alemana al extranjero.*

Si una sociedad alemana traslada su domicilio social al extranjero, deberá distinguirse si el país receptor se encuentra vinculado conflictualmente a la teoría de la fundación o a la teoría del domicilio.

En caso de que una sociedad alemana traslade su domicilio social a un país cuyo derecho conflictual se encuentre enlazado a la teoría del domicilio, el estatuto personal será determinado por el derecho de este último. Desde el punto de vista del derecho conflictual alemán el traslado del domicilio será, en este caso, un motivo forzoso de liquidación de la sociedad y de nueva constitución para el ordenamiento jurídico del país receptor, por lo que un traslado de domicilio, salvaguardando la identidad de la sociedad, no será posible.

Encontraremos la excepción a esta regla cuando el derecho conflictual del país receptor remita nuevamente al derecho alemán, y esto sucederá en caso de que una sociedad alemana traslade su domicilio social, pero conservando el domicilio estatutario, a un país vinculado conflictualmente a la teoría del domicilio. Desde el punto de vista del derecho alemán, no hay obstáculo que impida el reconocimiento de dicha sociedad, pues no existe elemento alguno de tipo conflictual, ni de tipo material que impida que los principios de

la figura del reenvío (*artículo 4 Fracción I del E.G.B.G.B.*) sean aplicados al traslado del domicilio social, tal como se realiza, como ya se ha visto, en el caso de constitución de sociedades. La divergencia entre el domicilio estatutario y el domicilio social es admisible si la sociedad no ha perdido totalmente su relación con el domicilio estatutario. Para ello, es necesario que la sociedad tenga en el domicilio estatutario una oficina o establecimiento, o bien, que de alguna manera tenga ahí su actividad comercial.

El reconocimiento de una sociedad bajo los supuestos mencionados encuentra su confirmación también bajo aspectos fiscales⁷⁰. De acuerdo con el §12 Fracción I párrafo 1 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta (*KStG*), una corporación obligada a pagar dicho impuesto respecto de todos los ingresos que obtenga, que traslade su dirección general o su domicilio, o ambos, perderá su condición de contribuyente del impuesto en cuestión (§ 1 *KStG*) y entrará en proceso de liquidación (§11 *KStG*). Sin embargo, si la sociedad alemana de capital traslada su domicilio social al extranjero, *pero conservando su domicilio estatutario* en el interior del país, seguirá siendo sujeto de pago del impuesto sobre la renta, ya que éste se causa si la sociedad tiene su dirección general o su domicilio en el interior del país. Entiéndase por domicilio el lugar que por Ley o en los estatutos se señale (§ 11 *AO-Código Fiscal Alemán*). Si la sociedad emigrante conserva su domicilio estatutario, no entrará bajo

70.- Staudinger / Grossfeld, op. cit., p.p. 354, 359

los supuestos de liquidación que contempla el §12 KStG. Bajo la reserva de que el derecho conflictual extranjero se pronuncie por un reenvío, las llamadas double residence companies serán reconocidas.

En caso de que el domicilio estatutario sea trasladado al mismo tiempo que el domicilio social, no surgirá la pregunta de aplicabilidad del artículo 4 Fracción I del *E.G.B.G.B.*, ya que por la falta de identidad entre el derecho de fundación y el domicilio estatutario dicha sociedad no sería tampoco reconocida por la teoría de la fundación. Por lo tanto, el acuerdo de los socios sobre el traslado del domicilio estatutario debe entenderse como un acuerdo de disolución de la sociedad.

c).- *Consecuencias del traslado del domicilio de una sociedad extranjera a otro país extranjero.*

Si una sociedad extranjera traslada su domicilio social a otro país extranjero, deben considerarse, con miras a su reconocimiento en la República Federal Alemana, tres supuestos:

1.- Si tanto el país del que emigra la sociedad como el país al que inmigra siguen la teoría de la fundación, podríamos encontrarnos ante un reenvío en segundo grado, tal como lo dispone el artículo 4 Fracción I párrafo 1 del *E.G.B.G.B.*

alemán, y por consiguiente la sociedad será reconocida en Alemania.

- 2.- Si, por el contrario, el país inmigrante se encuentra vinculado a la teoría del domicilio y la sociedad no reúne los requisitos de constitución que determina el ordenamiento jurídico de este país, la posibilidad de reconocimiento en la República Federal Alemana será nula, independientemente de si el país de origen la reconoce o no.
- 3.- Por último, si el país emigrante sigue la teoría del domicilio y el inmigrante la de la fundación, entonces el reconocimiento en la República Federal Alemana dependerá de si el país emigrante acepta un reenvío a través del ordenamiento jurídico del inmigrante.

2.- REPERCUSIONES DEL TRASLADO DEL DOMICILIO DE UNA SOCIEDAD, DE ACUERDO CON EL DERECHO MEXICANO

a).- *Traslado del domicilio de una sociedad extranjera al interior del país*

Una sociedad extranjera puede retener su personalidad jurídica al trasladar su domicilio social a México, si además de conservar su domicilio estatutario en el país de origen, éste no le da el trato de una sociedad en liquidación. Con lo anterior se confirma que ambos sistemas jurídicos deben ser tomados en consideración.

En caso de que los accionistas hubieran acordado válidamente un cambio de domicilio social, de conformidad con el estatuto antiguo, la sociedad extranjera podría trasladar su domicilio a México, salvaguardando su personalidad jurídica, ya que no habría contravención al artículo 250 de la L.G.S.M.

Debido a que México sigue la teoría de la fundación para el caso de reconocimiento de sociedades extranjeras, un simple traslado de domicilio social no tendría consecuencias jurídicas en la subsistencia y la determinación del estatuto personal, ya que desde este punto de vista no se originaría un cambio conflictual del mismo.

Si una sociedad alemana trasladara su domicilio social a México conservando su domicilio estatutario, al momento de determinar su existencia legal se configuraría un reenvío simple a las normas jurídicas alemanas. En caso de que el ordenamiento jurídico alemán acepte el reenvío y, si se observaron las normas jurídicas de éste, la sociedad se deberá reconocer tanto en México como en la República Federal Alemana.

El caso deberá juzgarse de distinta manera cuando una sociedad extranjera, además de trasladar su domicilio social, también traslade su domicilio estatutario a México. Conflictualmente se presentaría un cambio de estatuto, ya que, con base en la teoría de la fundación,

el domicilio estatutario es el punto de conexión para la determinación del estatuto corporativo. Con el traslado del domicilio estatutario, la sociedad extranjera pierde su existencia como sujeto de derecho y no podrá subsistir en México. En el caso de referencia, la sociedad extranjera se vería obligada a constituirse bajo leyes mexicanas.

Si una sociedad alemana trasladara su domicilio estatutario a México, nos encontraríamos frente a una negación del reconocimiento. La coordinación entre ambos sistemas jurídicos no sería posible. Desde el punto de vista del derecho conflictual alemán, el traslado del domicilio estatutario no trae aparejado ningún cambio de estatuto corporativo; sin embargo, la efectividad para hacer valer el derecho mercantil alemán se vería afectada. Desde el punto de vista del derecho conflictual mexicano, no habría cabida para un reconocimiento, a consecuencia de la falta de identidad entre el domicilio estatutario y el país de la fundación.

En conclusión, será imposible el reconocimiento de una sociedad extranjera que haya trasladado su domicilio estatutario a México.

b).- *Efectos del traslado del domicilio de una sociedad constituida bajo derecho mexicano, al extranjero*

Tal como se expresó en apartados anteriores, es mexicana aquella sociedad que se ha constituido de conformidad con las leyes mexicanas y con domicilio social en el interior del país. Sin embargo, el derecho mexicano admite la posibilidad de que sociedades mexicanas se coloquen bajo otro sistema jurídico, cambiando así de nacionalidad. Lo anterior, queda confirmado, mediante el texto del artículo 182 Fracción V de la L.G.S.M., que determina lo siguiente:

Son asambleas extraordinarias las que se reúnan para tratar cualquiera de los siguientes puntos:

Fracción V.- Cambio de nacionalidad.

Si atendemos a los requisitos necesarios para que una sociedad adquiriera la nacionalidad mexicana, el cambio de la misma sólo puede entenderse como un traslado de domicilio al extranjero.

Una sociedad mexicana que trasladara su domicilio social al extranjero, cambiaría al mismo tiempo su estatuto corporativo mexicano, sometiéndose de esta manera al derecho vigente en el nuevo domicilio. Por una parte, y desde el punto de vista del derecho mexicano (como lex fori), la sociedad mencionada, solamente podrá

cambiar de estatuto personal y obtener la nacionalidad correspondiente al lugar de su nuevo domicilio si el ordenamiento jurídico vigente en el país de inmigración lo permite. Por otra parte, el cambio de estatuto personal solamente será posible desde el punto de vista del país de inmigración, si del ordenamiento jurídico mexicano no es deducible la disolución y liquidación de la sociedad que hubiese resuelto el cambio de domicilio al extranjero. Nuevamente sería necesaria la coordinación de ambos sistemas jurídicos.

El texto del artículo 206 de la L.G.S.M. determina que el cambio del estatuto corporativo no conlleva a la disolución de la sociedad:

Cuando la asamblea general de accionistas adopte resoluciones sobre los asuntos comprendidos en las fracciones ...V ... del artículo 182, cualquier accionista que haya votado en contra tendrá derecho a separarse de la sociedad y obtener el reembolso de sus acciones en proporción al activo social, según el último balance aprobado, siempre que lo solicite dentro de los quince días siguientes a la clausura de la asamblea.

Que el artículo 206 de la L.G.S.M. no se encuentre relacionado en forma sistemática con las disposiciones sobre la disolución y liquidación de una sociedad mercantil mexicana, corrobora el hecho de que el traslado del domicilio más allá de las fronteras no conlleva a la disolución y liquidación de la misma.

El artículo 206 regula únicamente el derecho de separación del accionista que votó en contra de la resolución que aprueba el cambio del domicilio, como una medida de protección al accionista minoritario. Es importante aclarar que el accionista afectado podrá hacer valer su derecho de separación siempre y cuando haya votado en contra de dicha resolución, por lo que ni su ausencia, ni su abstención serán suficientes para este propósito.

La posibilidad de que una sociedad mexicana traslade su domicilio social al extranjero, encuentra su confirmación también bajo aspectos fiscales.

En el momento en que una sociedad traslada su domicilio al extranjero pierde su nacionalidad mexicana. Sin embargo, no obstante lo anterior, dicha sociedad seguirá siendo sujeto del impuesto sobre la renta si se cumplen los siguientes supuestos:

1.- SUJETOS DEL IMPUESTO

Las personas físicas y las morales están obligadas al pago del impuesto sobre la renta en los siguientes casos:

ESTABLECIMIENTO PERMANENTE O BASE FIJA EN MEXICO

II. Los residentes en el extranjero que tengan un establecimiento permanente o una base fija en el país de los ingresos atribuibles a dicho establecimiento permanente o base fija.

RESIDENTES EN EL EXTRANJERO

III. Los residentes en el extranjero, respecto de los ingresos procedentes de fuentes de riqueza situadas en territorio nacional, cuando no tengan un establecimiento permanente o una base fija en el país o cuando, teniéndolos, dichos ingresos no sean atribuible a éstos.

2. ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

Para los efectos de esta Ley, se considera establecimiento permanente cualquier lugar de negocios en el que se desarrollen, parcial o totalmente, actividades empresariales. Se entenderá como establecimiento permanente,

entre otros, las sucursales, las agencias, las oficinas, las fábricas, los talleres, las instalaciones, las minas, las canteras o cualquier lugar de exploración o extracción de recursos naturales.

RESIDENTE EN EL EXTRANJERO AL QUE SE CONSIDERA CON ESTABLECIMIENTO O BASE FIJA EN EL PAIS

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando un residente en el extranjero actúe en el país a través de una persona física o moral, se considerará que existe establecimiento permanente o base fija de un residente en el extranjero, con relación a todas las actividades que dicha persona realice para el residente en el extranjero, aun cuando no tenga un lugar de negocios en territorio nacional, y esté en algunos de los siguiente supuestos:

I.- Ejercer poderes para celebrar contratos a nombre del residente en el extranjero, tendientes a la realización de actividades empresariales de este país que no sean de las mencionadas en el artículo 3º, o a la prestación de servicios personales independientes, salvo que en este

último caso se trate de poderes para celebrar contratos tendientes a la realización de actividades que tengan naturaleza previa o auxiliar.

II.- Tenga existencias de bienes o mercancías con las que efectúe entregas por su cuenta del residente en el extranjero.

III.- Asuma riesgos por cuenta del residente en el extranjero.

IV.- Actúe sujeto a instrucciones detalladas o al control general del residente en el extranjero.

V.- Ejercer actividades que económicamente corresponden a las del residente en el extranjero y no a las que le corresponderían de actuar de manera independiente.

VI.- Tenga remuneraciones garantizadas independientemente del resultado de sus actividades.

Si el cambio de estatuto personal llegara a proceder, la sociedad antes mexicana sería idéntica con la ahora extranjera, seguiría siendo sujeto del impuesto sobre la renta y el traslado del domicilio social no conllevaría por lo tanto a una liquidación.

Sin embargo, es importante hacer notar que en el caso de que la sociedad traslade su domicilio social y su domicilio estatutario simultáneamente, sin mantener una relación con el país, ésta entrará en disolución, ya que no estaría en posibilidades de realizar el fin social (Artículo 229 Fracción II de L.G.S.M.).

c).- *Traslado del domicilio de un país extranjero a otro país extranjero*

Si una sociedad extranjera traslada su domicilio social a otro país extranjero, ésta será reconocida en México, si tanto el país emigrante como el país inmigrante permiten su subsistencia.

Sin embargo, si en el derecho vigente del país de emigración se dispone, con motivo del cambio de su domicilio social, la disolución y liquidación de la sociedad, México no podrá reconocer una adquisición de nuevo estatuto personal. En este caso, la sociedad deberá constituirse nuevamente de conformidad con las leyes del país de inmigración, para que pueda ser reconocida en nuestro país.

CONCLUSIONES:

- 1a. A raíz del entrelazamiento económico internacional en los mercados de productos, servicios, prestaciones y capitales, existen mayores relaciones con el exterior por parte de sociedades constituidas dentro del derecho mercantil.
- 2a. Las inversiones directas de empresas, sobre todo las provenientes de países industrializados mediante la constitución de agencias, oficinas de representación y sucursales en el extranjero, enfrentan a las instituciones del país receptor encargadas de aplicar las leyes ante problemas difíciles, como es el "reconocimiento" de dichas sociedades como sujetos de derecho, con base en la personalidad jurídica otorgada por el derecho vigente en el país de origen.
- 3a. La posibilidad de vincularse a algún ordenamiento jurídico mercantil nacional mediante alguna configuración jurídica, dependerá de la existencia de normas mercantiles, de derecho de extranjería, de derecho fiscal y, eventualmente, de otras normas extraterritoriales que creen ciertas condiciones favorables en materia de costos, que junto con factores locales del país anfitrión puedan ser estímulos determinantes para cierta inversión extranjera.

- 4a. El conflicto entre el interés de la sociedad extranjera por obtener una facultad configurativa tan amplia como sea posible, por un lado, y los intereses dignos de protegerse del país receptor para que exista una mínima influencia en su estructura laboral, económica y social, por el otro, constituye un problema central dentro del derecho mercantil internacional.
- 5a. El país receptor tiene el derecho de hacer valer sus intereses nacionales mediante una configuración de los elementos de vinculación dentro del derecho conflictual.
- 6a. La actividad de las sociedades extranjeras abarca siempre dos aspectos bien definidos: uno se refiere al reconocimiento de la existencia, la personalidad y la capacidad jurídica del ente colectivo, es decir, su aptitud para ser titular de relaciones jurídicas; el otro tiene que ver con el ejercicio efectivo de tal capacidad mediante el desarrollo de la actividad mercantil.
- 7a. Es posible reconocer la plena existencia, la personalidad y la capacidad jurídica de una sociedad constituida en el extranjero, y al mismo tiempo prohibir, limitar o condicionar el ejercicio de su actividad social en el ámbito local.
- 8a. La existencia, la personalidad y la capacidad de la sociedad constituyen una unidad no fraccionable, regida por la *lex societatis*, y todo lo concerniente a la actividad societaria pertenece al ámbito de la ley territorial.

- 9a. Tanto en la República Federal Alemana como en México, el reconocimiento de sociedades extranjeras es entendido como un problema de tipo conflictual.
- 10a. Sin embargo, la diferencia estriba en el método de vinculación del estatuto personal.
- 11a. El derecho conflictual alemán soluciona el problema del reconocimiento de sociedades extranjeras, mediante la regla jurisprudencial que refleja el contenido de la teoría del domicilio.
- 12a. De conformidad con esta teoría, la capacidad jurídica de una sociedad extranjera se rige por la ley del país en donde ésta se haya constituido y tenga además su administración principal.
- 13a. El derecho conflictual mexicano soluciona el problema del reconocimiento de sociedades extranjeras, mediante la teoría de la fundación (Artículo 250 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).
- 14a. De acuerdo con esta teoría, la capacidad jurídica de una sociedad extranjera se rige por la ley del país en donde ésta se constituyó.
- 15a. La pregunta de qué vinculación merece la preferencia, no puede contestarse independientemente de los intereses nacionales del país receptor.

- 16a. Esta vinculación puede estructurarse con mayor o menor rigidez, de acuerdo con los objetivos político económicos y los lineamientos del derecho mercantil de cada país.
- 17a. Si, por ejemplo, un gobierno quiere atraer en alto grado capital extranjero entonces no solamente ordenará controles de divisas más flexibles, sino que también, estará más fácilmente dispuesto a dar concesiones al inversionista extranjero en cuanto al mantenimiento de su propio ordenamiento jurídico corporativo nacional y a aceptar formas corporativas que en comparación con su propio ordenamiento mercantil tengan un aprovisionamiento de capital insuficiente, estructuras de responsabilidad no transparentes y con condiciones que aminoren la protección de los acreedores.
- 18a. En cambio, si el país receptor tiene interés en imponer la observancia de su ordenamiento jurídico corporativo nacional, como es el caso de la República Federal Alemana, entonces se ofrece la posibilidad de reconocer la existencia de la sociedad, dependiendo de la existencia de determinados principios mínimos dentro del ordenamiento jurídico de origen.
- 19a. También se concibe generalmente, como en el caso de México, aunar a una libertad configurativa en el derecho mercantil internacional, una amplia práctica en aspectos de admisiones, autorizaciones y vigilancias dentro de su derecho de extranjería; de ahí que estén estrechamente relacionados el derecho corporativo internacional y el derecho de extranjería.

- 20a. Las diferencias entre los ordenamientos jurídicos de los diversos países, tropieza con objeciones cuando sociedades extranjeras (en la mayoría de las casos sociedades de capital), sujetas a un estatuto personal más laxo que un competidor nacional, son implementados en el país receptor.
- 21a. Para la República Federal Alemana como país receptor, el problema muestra una agudeza particular cuando se altera el numerus clausus (número limitado de admisiones) de los tipos de sociedades, por la admisión ilimitada de formas "exóticas" de sociedades de capital.
- 22a. Si el derecho del Estado del cual deriva la personalidad jurídica de la sociedad se encuentra muy por detrás de la norma de derecho corporativo alemán, por ser ésta laxa, pudiera haber efectos negativos considerables sobre la protección nacional de acreedores, inversionistas, así como sobre la participación corporativa, por parte de los trabajadores.
- 23a. La mayoría de los juristas alemanes se adhieren a la teoría del domicilio, pues consideran que es la única forma de protegerse en esos casos.
- 24a. En México no tienen un papel preponderante los argumentos en contra de la teoría de la fundación expuestos por los seguidores de la teoría del domicilio, en el sentido de que disposiciones mercantiles del país del domicilio social de una sociedad extranjera pudieran ser evadidos mediante la elección de un estatuto de constitución más laxo.

- 25a. El peligro de que una sociedad extranjera pueda, al establecer su sede efectiva o su domicilio social en México, evadir normas mercantiles nacionales, no es tan grande.
- 26a. Si bien es cierto que México es liberal por lo que respecta al reconocimiento de sociedades extranjeras, también es cierto que la actividad de las mismas se ve limitada por disposiciones de derecho de extranjería, como es el caso de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.
- 27a. En la práctica, las sociedades extranjeras en México resuelven generalmente sus problemas de inversión directa por medio de la constitución de subsidiarias, y no mediante la creación de sucursales, por lo que los problemas de tipo conflictual no se presentan tan a menudo como en Alemania.
- 28a. En principio, es muy difícil dar una solución uniforme al problema del reconocimiento de sociedades extranjeras, debido a los diferentes intereses político económicos, así como a los diferentes niveles de desarrollo del derecho mercantil en ambos países.

BIBLIOGRAFIA

I. Libros

Arce G. Alberto, Derecho Internacional Privado, Editorial Universidad de Guadalajara, 1965

Arellano García Carlos, Derecho Internacional Privado; Editorial Porrúa, México, 1989

Arellano García Carlos, Notas acerca de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, Derecho Norteamericano y Mexicano en Estudios Jurídicos en Memoria de Roberto L. Mantilla Molina, México, 1989.

Barrera Graf Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, México, 1989

Bauche García-Diego, La Empresa, Editorial Porrúa, 1977.

Behrens, Der Anerkennungsbegriff des Internationalen Gesellschaftsrechts, ZGR 27 1987

Behrens, Identitätswahrende Sitzverlegung einer Kapitalgesellschaft von Luxemburg in die Bundesrepublik Deutschland, RIW 1986

Behrens, Niederlassungsfreiheit und Internationales Gesellschaftsrecht, RabelsZ 52 (1988)

Brunetti Antonio, Tratado del Derecho de las Sociedades, Tomo I, Editorial Hispano Americana, Buenos Aires, Argentina 1960.

Carrillo Jorge, Apuntes para la Clase de Derecho Internacional Privado, Nacionalidad Extranjera, Universidad Iberoamericana, México, 1965.

Cervantes Ahumada Raúl, Derecho Mercantil, Editorial Herrero, México, 1982.

De Pina Vara Rafael, Derecho Mercantil Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1979

Ebenroth/Auer, Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG, DNotZ (1990)

Ebenroth/Bippus, Die Anerkennungsproblematik im internationalen Gesellschaftsrecht, NJW 1988

Ebenroth/Bippus, Die Sitztheorie als Theorie effektiver Verknüpfung der Gesellschaft, JZ 1988

Ebenroth/Eyles, Die Beteiligung ausländischer Gesellschaften an einer inländischen Kommanditgesellschaft, DB 1988, Beilage 2

Ebenroth/Eyles, Die innerdeutsche Verlegung des Gesellschaftssitzes als Ausfluss der Niederlassungsfreiheit, DB 1989

Ebenroth/Sura, Das Problem der Anerkennung im Internationalen Gesellschaftsrecht, RabelsZ 43 (1979)

Ebke Werner, Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG und das Europäische Gemeinschaftsrecht, ZGR 1987

Fleck/Meyer-Marsilius, Niederlassungen im Ausland, 1990

Frisch Philip, La Convención Interamericana Sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades, en Estudios Jurídicos en Memoria de Roberto L. Mantilla Molina, Editorial Porrúa, México, 1984

Grasmann, System des Internationalen Gesellschaftsrecht, 1970

Grossfeld, Zur Geschichte der Anerkennungsproblematik bei Aktiengesellschaften, RabelsZ 38 (1974)

Grossfeld/Jasper, Identitätswahrende Sitzverlegung und Fusion von Kapitalgesellschaften in die Bundesrepublik Deutschland, RabelsZ 55 (1989)

Grothe, Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co., 1989

Heinrich, Der Domizilbegriff im englischen internationalen Privatrecht, RabelsZ 25 (1960)

Helguera Soiné Enrique, La Nacionalidad de las Sociedades Mercantiles, Imprenta "Ocampo", México, 1953

Kegel, Internationales Privatrecht, 1987

Knobbe-Keuk, Umzug von Gesellschaften in Europa, ZHR 154 (1990)

Malagarriga C. Carlos, Tratado Elemental de Derecho Comercial, Tomo I, Editorial Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1951

Mantilla Molina Roberto, Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, México, 1975

Maury J, Derecho Internacional Privado, Editorial José M. Cajica, México, 1960

Münchener-Kommentar-Ebenroth, Nach Art. 10, 1990

Neumeyer, Betrachtungen zum Internationalen Konzernrecht, ZVglRWiss 83 (1984)

Niboyet J.P., Principios de Derecho Internacional Privado, Editorial Nacional, México, 1960

Perezniето Castro Leonel, Derecho Internacional Privado, Editorial Harla, México, 1989

Raape, Internationales Privatrecht, 1961

Rabel Ernest, The Conflicts of Laws, 1960

Rodríguez y Rodríguez Joaquín, Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, México, 1983

Samleben, Die Interamerikanische Spezialkonferenz für Internationales Privatrecht, RabelsZ 44 (1980)

Sandrock, Ein Amerikanisches Lehrstück für das Kollisionsrecht der Kapitalgesellschaften, RabelsZ 42 (1978)

Sandrock, Sitztheorie. Überlagerungstheorie und EWG - Vertrag: Wasser, Öl und Feuer, RIW 1989, Heft 7

Siqueiros José Luis, Las Sociedades Extranjeras en México, Editorial UNAM, México, 1953

Siqueiros José Luis, Las Reclamaciones Internacionales por Intereses Extranjeros en Sociedades Mexicanas, Editorial UNAM, México, 1947

Staudinger/Grossfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, 1984

Tellez Ulloa, Jurisprudencia Mercantil Mexicana, México, 1983

Trigueros S. Eduardo, La Nacionalidad Mexicana: Notas para el Estudio del Derecho Internacional Privado, Editorial Jus, México, 1940

II. Revistas

Commercial Law of Mexico and the United States, Selected Topics, School of Law and the Institute of Latin American Studies, the University of Texas, 1961

Latty Elvin, *International Standing in Court of Foreign Corporations*, Michigan Law Review, 1931

III Jurisprudencia y Tesis

1917-1965 Actualización I Sala de lo Civil, Ediciones Mayo

1971-1972 Actualización III Sala de lo Civil, Ediciones Mayo

1974-1975 Actualización IV Sala de lo Civil, Ediciones Mayo

1976-1977 Actualización V Sala de lo Civil, Ediciones Mayo

1982-1983 Actualización VIII Sala de lo Civil, Ediciones Mayo

IV. Legislación

Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera

Ley General de Sociedades Mercantiles

Ley del Impuesto sobre la Renta

Código de Comercio

Código Civil para el Distrito Federal

Código Fiscal de la Federación