

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
POSGRADO EN DERECHO



**“CONSERVACIÓN Y AMORTIZACIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES POR
PARTE DE UNA SOCIEDAD MEXICANA PRODUCTO DE UNA MIGRACIÓN
INTERNACIONAL, PROVENIENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS DE
AMÉRICA”**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO FISCAL

PRESENTA

VALENTIN IBARRA MELERO

DIRECTOR DE TESIS

DR. AGUSTÍN LÓPEZ PADILLA

CIUDAD DE MÉXICO, MÉXICO

2017

Dedicatorias

A mi esposa,

Samantha, mi eterno amor, quien ha sido base y motivo de mi desarrollo personal y profesional, por enseñarme a ser feliz, por estar siempre a mi lado brindándome su incondicional apoyo, comprensión y paciencia, por la gran fe que tiene en mí.

A mis hijas,

mis adoradas Valentina y Daniela, por regalarme día a día su amor y sus sonrisas, por ser fuente inagotable de inspiración; por enseñarme lo que verdaderamente importa en la vida, por obligarme a ser un ejemplo del que espero nunca dejen de sentirse orgullosas.

A mis padres,

mis queridos padres, mis más grandes ejemplos de perseverancia y lucha constante, por tanto sacrificio y esfuerzo en la construcción de mi vida, por corregir con amor y templanza mis faltas y celebrar con empatía mis triunfos, por creer y haber logrado que crea en mí.

A mi hermana,

mi amada Erika, por ser mi perpetua amiga y compañera, por sus sabios consejos y oportunos regaños, por su cariño y lealtad, porque la fraternidad que nos une jamás será destruida por el tiempo y la distancia.

A la familia Day,

mi segunda familia, por el maravilloso ser que me han prestado, por tantos hermosos momentos que me han regalado, por el apoyo que han dado todos estos años a nuestro matrimonio, por su invaluable amistad.

“El hombre es un auriga que conduce un carro tirado por dos briosos caballos: el placer y el deber. El arte del auriga consiste en templar la fogosidad del corcel negro y acompañarlo con el blanco para correr sin perder el equilibrio.” Platón

INTRODUCCIÓN

Al igual que sucede en México, existe la posibilidad de que las sociedades constituidas en los Estados Unidos de América generen mayores deducciones que ingresos acumulables en el desarrollo de su actividad y, en consecuencia, sufran pérdidas fiscales.

Normalmente, las pérdidas fiscales generadas por dichas sociedades serían amortizadas contra los ingresos generados en su propio país durante los ejercicios subsecuentes; sin embargo, en caso de que estas sociedades sean migradas a México, esto es, que adquieran la nacionalidad mexicana y trasladen su domicilio a nuestro País, conservarían su personalidad jurídica y, por ende, sus atributos jurídicos y fiscales, incluyendo las pérdidas fiscales generadas en su país de origen.

Derivado de lo anterior, dichas sociedades tienen derecho a reconocer sus pérdidas fiscales, e incluso, amortizar las mismas en contra de los ingresos acumulables que genere en México en el desarrollo de su actividad, siempre y cuando dichas pérdidas deriven de deducciones autorizadas también en nuestro País.

En el presente trabajo, se analizará el marco regulatorio de las pérdidas fiscales en México, a fin de demostrar que éstas constituyen un derecho del contribuyente que forma parte integrante de su patrimonio.

Asimismo, se analizará a la luz del derecho internacional privado la figura de la personalidad tratándose de personas morales, a fin de demostrar que ésta debe conservarse intacta en una migración de la sociedad a otro país adoptando la nacionalidad de este último y, en consecuencia, que prevalecen sus atributos fiscales.

Para tal efecto, se estudiará la regulación existente sobre la materia, tanto en los Estados Unidos de América (Estado de Delaware), como en México, para demostrar que conforme a ambas legislaciones es jurídicamente viable efectuar una migración de sociedades conservando su personalidad jurídica, esto es, conservando los derechos y obligaciones adquiridos previamente a la transformación.

Asimismo, se demostrará que la migración de las sociedades extranjeras para adoptar la nacionalidad mexicana, no implica de ninguna manera la extinción de la sociedad en el Estado de origen, sino la conservación de su personalidad jurídica bajo un tipo societario diverso, por lo que conforme a las legislaciones aplicables en los Estados Unidos de América y en México, éstas conservan los bienes, derechos y obligaciones adquiridos previo al cambio de nacionalidad.

Para soportar lo anterior, se analizará la figura de la migración societaria a la luz del derecho comparado, así como diversas resoluciones judiciales emitidas por tribunales internacionales sobre el tema en estudio.

Posteriormente, con base en el análisis efectuado se demostrará que no existe impedimento alguno para concluir que las pérdidas generadas en un país extranjero que tengan su origen en deducciones autorizadas también en nuestro País, puedan ser conservadas por la sociedad migrada a México como un derecho que integra el patrimonio de la sociedad que las generó, e incluso, para amortizarlas en contra de sus ingresos, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por la ley para tal efecto.

Así las cosas, quedará demostrada la hipótesis de que una sociedad mexicana, producto de una migración internacional proveniente de los Estados Unidos de América, puede legítimamente conservar y amortizar en México las pérdidas fiscales sufridas en su país de origen, siempre y cuando deriven de deducciones autorizadas también en nuestro País.

CAPÍTULO I

ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS PÉRDIDAS FISCALES

Con la finalidad de analizar y demostrar que una sociedad originaria del Estado de Delaware que es objeto de una migración internacional a nuestro País, tiene derecho a conservar y amortizar sus pérdidas fiscales de ejercicios anteriores que deriven de deducciones autorizadas también en México, en primer lugar, resulta imprescindible analizar la naturaleza y regulación de las mismas.

Lo anterior es así, pues al demostrar que las pérdidas fiscales constituyen un derecho patrimonial de la sociedad migrada a nuestro País, será posible concluir que su existencia y derecho a amortización deberán permanecer intactos en la medida que la personalidad jurídica de la sociedad y sus atributos no se vean modificados con la migración que se realice.

Máxime, que al tratarse en el caso en estudio de pérdidas derivadas de deducciones autorizadas, tanto en su país de origen como en México, no existiría impedimento legal alguno para permitir su amortización en nuestro País.

1. Régimen general del impuesto sobre la renta

El artículo 1º de la Ley del Impuesto sobre la Renta establece que las personas físicas y morales están obligadas al pago del impuesto en diversos casos: las residentes en México, respecto de todos sus ingresos, cualquiera que sea la ubicación de la fuente de riqueza de donde proceda; los residentes en el extranjero que tengan un establecimiento permanente en el país, respecto de los ingresos atribuibles a dicho establecimiento y; los residentes en el extranjero respecto de los ingresos procedentes de fuentes de riqueza situadas en territorio nacional, cuando no tengan un establecimiento permanente en el país, o cuando teniéndolo, dichos ingresos no sean atribuibles a éste.

Al respecto, el artículo 17 del mismo ordenamiento señala que las personas morales acumularán la totalidad de los ingresos en efectivo, en bienes, en servicio, en

crédito o de cualquier otro tipo, que obtengan en el ejercicio, inclusive los provenientes de sus establecimientos en el extranjero.

Sobre el particular, es preciso señalar que no toda cantidad percibida por el contribuyente tiene la naturaleza de un ingreso acumulable, pues para ello, resulta indispensable que ésta produzca una modificación positiva en su patrimonio.¹

Incluso, lo anterior ha sido reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al señalar que si bien la Ley del Impuesto sobre la Renta no define el término "ingreso", ello no implica que carezca de sentido o que ociosamente el legislador haya creado un tributo sin objeto, toda vez que a partir del análisis de las disposiciones legales aplicables es posible definir dicho concepto como cualquier cantidad que modifique positivamente el haber patrimonial de una persona.²

Por su parte, el artículo 29 de la Ley en comento establece que los contribuyentes podrán efectuar diversas deducciones autorizadas, dentro de las que se encuentran las devoluciones que se reciban; los descuentos o bonificaciones; el costo de lo vendido; los gastos netos de descuentos, bonificaciones o devoluciones; las inversiones; los créditos incobrables y las pérdidas por caso fortuito, fuerza mayor o por enajenación de bienes; las aportaciones a reservas para fondos de pensiones o jubilaciones del personal; las cuotas pagadas por concepto de seguridad social; los intereses devengados; el ajuste anual por inflación deducible, los anticipos y rendimientos que paguen las sociedades cooperativas de producción y las sociedades o asociaciones civiles a sus miembros.

En términos generales, las deducciones autorizadas tienen su origen en el reconocimiento por parte del legislador de que el contribuyente se ve obligado a realizar

¹ Calvo Nicolau, Enrique, "Estudio de la Ley del Impuesto sobre la Renta", Editorial Themis, México, pp. 71.

² Tesis emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Renta. Que debe entenderse por ingreso para efectos del Título II de la Ley del Impuesto relativo".

erogaciones estrictamente indispensables para desarrollar su actividad y, con ello, generar ingresos susceptibles de ser acumulados para efectos del impuesto sobre la renta.³

En efecto, el contribuyente tiene el derecho constitucional de disminuir de sus ingresos acumulables las erogaciones que sean estrictamente indispensables para el desarrollo de su actividad, pues ello es la única manera de reconocer su verdadera capacidad contributiva, en aras de respetar el principio de proporcionalidad tributaria previsto en el artículo 31, fracción IV de la Constitución Federal.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido lo anterior al señalar que las erogaciones estrictamente indispensables que son efectuadas por los contribuyentes integran *“las deducciones que, por regla general, el legislador debe reconocer en acatamiento al principio de proporcionalidad tributaria para que el impuesto resultante se ajuste a la capacidad contributiva de los causantes... no suponen una disminución en los recursos del erario, pues el Estado únicamente dejaría de percibir ingresos a los que formalmente parece tener acceso, pero que materialmente no le corresponden”*.⁴

Ahora bien, el artículo 10 de la Ley del Impuesto sobre la Renta establece que las personas morales deberán calcular el impuesto sobre la renta a su cargo, aplicando al resultado fiscal obtenido en el ejercicio la tasa correspondiente, que para el ejercicio de 2013 es del 30%.

Asimismo, dicho precepto señala que la utilidad fiscal del ejercicio se obtendrá disminuyendo de la totalidad de los ingresos acumulables obtenidos en el ejercicio, las deducciones autorizadas; así, al resultado obtenido se le disminuirá, en su caso, la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas pagada en el ejercicio.

³ Tesis emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Renta. Interpretación del término estrictamente indispensables a que se refiere el artículo 31, fracción I, de la Ley del impuesto relativo”

⁴ Tesis de jurisprudencia 15/2011 emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Deducciones estructurales y no estructurales. Razones que pueden justificar su incorporación en el diseño normativo del cálculo del impuesto sobre la renta”.

De igual forma, la disposición en comento establece que el resultado fiscal del ejercicio se determinará disminuyendo a la utilidad fiscal del ejercicio, en su caso, las pérdidas fiscales pendientes de aplicar de ejercicios anteriores.

Al respecto, el artículo 12-A del Reglamento de la Ley del Impuesto sobre la Renta establece que cuando la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas pagada en el ejercicio sea mayor a la utilidad fiscal de dicho ejercicio antes de disminuir dicha participación, la diferencia se considerará pérdida fiscal del mismo.

2. Regulación legal de las pérdidas fiscales

El régimen jurídico de las pérdidas fiscales se encuentra previsto en el Capítulo V “De las Pérdidas”, del Título II “De las Personas Morales”, de la Ley del Impuesto sobre la Renta, en cuyo artículo 61 se establece que la pérdida fiscal se obtendrá de la diferencia entre los ingresos acumulables del ejercicio y las deducciones autorizadas por esta Ley, cuando el monto de estas últimas sea mayor que los ingresos, resultado que se incrementará con la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas que, en su caso, haya sido pagada en el ejercicio.

Como se puede advertir, cuando el contribuyente obtenga un resultado positivo, o sea, que sus ingresos sean superiores a sus deducciones, tendrá una utilidad fiscal y, asimismo, cuando sus erogaciones sean superiores a sus ingresos, obtendrá una pérdida fiscal.⁵

En efecto, las pérdidas fiscales se integran por las deducciones que el contribuyente no pudo disminuir de sus ingresos acumulables en un ejercicio determinado, por no haber contado con ingresos en dicho ejercicio, o bien, por que éstos fueron insuficientes.

⁵ López Padilla, Agustín, “Exposición Práctica y Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta”, Dofiscal Editores, México 2012, pp. 40.

Así las cosas, resulta incuestionable que si a efecto de respetar la verdadera capacidad contributiva del causante del impuesto es necesario reconocer las erogaciones efectuadas en el legítimo desarrollo de su actividad (deducciones autorizadas), por el mismo motivo deberá reconocerse el derecho a amortizar las pérdidas fiscales cuando se genere una utilidad susceptible de recibir dicha disminución.

Lo anterior es así, pues como se ha mencionado, las pérdidas fiscales no son otra cosa que las deducciones (gastos estrictamente indispensables) que el contribuyente se vio obligado a efectuar y que, sin embargo, no pudo disminuir en un ejercicio por no haber contado con ingresos acumulables suficientes para ello.

Ello es coherente y se apega a toda lógica jurídica y comercial, pues los ingresos acumulables de ejercicios posteriores a aquél en que se generó la pérdida fiscal, no fueron generados de manera espontánea, sino que derivan de la actividad y operación llevada a cabo con base en las erogaciones realizadas con anterioridad y que, en su momento, no pudieron ser deducidas.

En estos términos, resultaría inadmisibles en un Estado de Derecho como el nuestro desconocer la posibilidad de que el contribuyente disminuya de sus ingresos acumulables, las erogaciones efectuadas con la finalidad de generar ingresos gravados por el impuesto sobre la renta, ya sea vía deducción en el propio ejercicio o vía amortización de pérdidas fiscales en ejercicios posteriores, siempre y cuando dichas erogaciones constituyan deducciones autorizadas por el Estado.

Ahora bien, lo anterior de ninguna manera implica que el contribuyente tenga un derecho irrestricto a disminuir de su utilidad fiscal dicha pérdida de la forma y en el tiempo que prefiera, sino que dicha disminución se encuentra limitada a los diez ejercicios siguientes a aquél en que ésta ocurra, hasta agotarla, considerando su respectiva actualización.

Asimismo, dicho precepto establece que cuando el contribuyente no disminuya en un ejercicio la pérdida fiscal de ejercicios anteriores, pudiendo haberlo

hecho conforme a este artículo, perderá el derecho a hacerlo en los ejercicios posteriores y hasta por la cantidad en la que pudo haberlo efectuado.

De igual forma, la disposición en comento señala que el derecho a disminuir las pérdidas fiscales es personal del contribuyente que las sufra y no podrá ser transmitido a otra persona, ni como consecuencia de fusión.

En caso de escisión de sociedades, las pérdidas fiscales pendientes de disminuirse de utilidades fiscales, se deberán dividir entre las sociedades escidente y las escindidas, en la proporción en que se divida la suma del valor total de los inventarios y de las cuentas por cobrar relacionadas con las actividades comerciales de la escidente cuando ésta realizaba preponderantemente dichas actividades, o de los activos fijos cuando la sociedad escidente realizaba preponderantemente otras actividades empresariales. Para determinar la proporción a que se refiere este párrafo, se deberán excluir las inversiones en bienes inmuebles no afectos a la actividad preponderante.

Por su parte, el artículo 62 de la Ley del Impuesto sobre la Renta señala que no se disminuirá la pérdida fiscal o la parte de ella, que provenga de fusión o de liquidación de sociedades, en las que el contribuyente sea socio o accionista.

Asimismo, el artículo 63 de dicho ordenamiento establece que en los casos de fusión, la sociedad fusionante sólo podrá disminuir su pérdida fiscal pendiente de disminuir al momento de la fusión, con cargo a la utilidad fiscal correspondiente a la explotación de los mismos giros en los que se produjo la pérdida.

Asimismo, dicho precepto señala que cuando cambien los socios o accionistas que posean el control de una sociedad que tenga pérdidas fiscales de ejercicios anteriores pendientes de disminuir y la suma de sus ingresos en los tres últimos ejercicios hayan sido menores al monto actualizado de esas pérdidas al término del último ejercicio antes del cambio de socios o accionistas, dicha sociedad únicamente podrá disminuir las pérdidas contra las utilidades fiscales correspondientes a la explotación de los mismos giros en los que se produjeron las pérdidas. Para estos efectos, se considerarán los ingresos

mostrados en los estados financieros correspondientes al periodo señalado, aprobados por la asamblea de accionistas.

En estos términos, es posible concluir que las pérdidas fiscales participan, por su origen, de la misma naturaleza que las deducciones, pues ambas se integran por las erogaciones estrictamente indispensables efectuadas por el contribuyente con la finalidad de llevar a cabo su actividad y operación, a fin de generar ingresos gravados por el impuesto sobre la renta.

Derivado de lo anterior, es posible concluir que la deducción de dichas erogaciones en el propio ejercicio fiscal, o bien, la amortización de las pérdidas fiscales en ejercicios posteriores que derivan de las mismas, constituye un derecho del contribuyente que debe ser reconocido y respetado en cumplimiento al principio de proporcionalidad tributaria previsto en el artículo 31, fracción IV de la Constitución Federal.

Asimismo, se reitera que tal derecho no es irrestricto, pues se encuentra sujeto al cumplimiento de los requisitos establecidos en las disposiciones previamente analizadas, por lo que la amortización de pérdidas fiscales de ejercicios anteriores no podrá ser efectuada en caso de que éstas no deriven de deducciones autorizadas en el Estado en que se pretendan utilizar, o bien, que se ubiquen en alguno de los supuestos en los que la Ley del Impuesto sobre la Renta prohíba expresamente dicha amortización.

CAPÍTULO II

MARCO JURÍDICO DE LA FIGURA DE LA MIGRACIÓN SOCIETARIA

1. Análisis del concepto de personalidad

En relación con el concepto sociológico del hombre, el Derecho ha construido el concepto de “persona”, que jurídicamente significa todo ser o ente sujeto de derechos y obligaciones.⁶

Etimológicamente, persona viene del latín *personare*, que significa resonar o sonar a través de. El posible origen de este vocablo deriva de que en las representaciones del teatro romano los actores usaban unas máscaras dispuestas de mecanismos que les permitían engrosar la voz, de donde surge la palabra personificar, que después pasó al Derecho Romano como un concepto jurídico, para considerar persona a quien “personifica” un derecho (u obligación) ante la ley.⁷

De ese modo, paralelamente al ser humano, el Derecho ha reconocido que las agrupaciones de éstos puedan ser calificadas como personas, para lo cual se requiere el reconocimiento expreso de su personalidad en el ordenamiento jurídico positivo (personas morales o jurídicas).

En efecto, la personalidad es la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones, por lo que es característica jurídica esencial de las personas físicas o morales.

Así, la personalidad jurídica es una cualidad cuyo origen y fundamento está en el ordenamiento positivo, ya que a diferencia de lo que sucede con las personas físicas, tratándose de personas morales, la ley es quien les da el carácter de sujeto jurídico destinatario de normas, siendo así posible atribuirle derechos y obligaciones.

⁶ Porrúa Pérez, Francisco, “Teoría del Estado”, Editorial Porrúa, 38ª Edición, México 2004, pp. 203.

⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, “Derecho Civil; parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez”, Editorial Porrúa, México 1990, pp. 131.

Es decir, la cualidad otorgada a los entes colectivos para ser considerados por sí mismos como centros de imputación de derechos y obligaciones, se encuentra regulada en uso de la potestad soberana por las legislaciones internas de cada una de las naciones del orbe.⁸

Debido a ello, en ocasiones resulta complejo determinar qué norma jurídica nacional debe regir la personalidad y capacidad de las personas jurídicas cuando realizan actividades en el extranjero y, por lo mismo, ha surgido la necesidad de crear normas conflictuales uniformes para elegir la ley sustantiva interna aplicable.

Así las cosas, para atribuir existencia y reconocimiento por parte de los Estados a las personas morales, se requiere cumplir con los requisitos impuestos por el Estado en que se constituyeron. Cada Estado es libre de imponer las condiciones para que una agrupación de individuos se considere como un sujeto de derechos y obligaciones en su territorio, con independencia de los individuos que integren dicha agrupación.

Conforme a la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, firmada en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984, misma que ha sido ratificada por México, son personas jurídicas todas las entidades que tengan existencia y responsabilidades propias, distintas a las de sus miembros o fundadores, que sean calificadas como personas jurídicas según la ley del lugar de su constitución.⁹

Por su parte, el Artículo 2 de la citada Convención dispone que la existencia, la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, el funcionamiento, la disolución y la fusión de las personas jurídicas de carácter privado, se rigen por la ley del lugar de su constitución, es decir, la del Estado parte donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas. Al ratificar dicha Convención,

⁸ Contreras Vaca, Francisco José, "Derecho Internacional Privado", parte especial, Oxford University Press, 2ª Edición, México 2006, pp. 117 y 118.

⁹ Artículo 1 de la "Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado".

México hizo una declaración en el sentido de considerar que su Artículo 2 es aplicable a casos análogos, tales como la transformación, liquidación y escisión.

Asimismo, la propia Convención dispone que las personas jurídicas privadas, debidamente constituidas en un Estado Parte, serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados Partes, sin que ello implique excluir la facultad del Estado Parte para exigir la comprobación de que la persona jurídica existe conforme a la ley del lugar de su constitución.

Ahora bien, la personalidad jurídica cuenta con ciertos atributos que le son propios por naturaleza, como son el nombre (denominación o razón social), la nacionalidad, el domicilio y el patrimonio; tratándose de personas físicas, también lo será el estado civil.¹⁰

En particular, el atributo del patrimonio ha sido definido como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones correspondientes a una persona, con contenido económico y que constituyen una universalidad jurídica.¹¹

2. Nacionalidad

Como se ha analizado, en adición al concepto de “personalidad”, existen ciertos conceptos que definen las características inherentes a una persona moral, denominados atributos, a través de los cuales la persona alcanza identidad, realidad, funcionalidad y eficacia jurídica.

Estos atributos pueden ser modificados de manera independiente, sin que éste hecho ocasione la pérdida de la personalidad, lo cual sólo sucederá cuando se actualicen los supuestos para su extinción conforme a las leyes del Estado en el que se encuentre constituida en ese momento, con lo cual, también se generaría el cese de su reconocimiento por parte de los Estados extranjeros.

¹⁰ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, “Derecho Civil”, Editorial Porrúa, México 2000, pp. 288 y ss.

¹¹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, Op. Cit., pp. 215.

La nacionalidad es uno de los atributos de la personalidad, entendida tradicionalmente como la pertenencia propia de un individuo a la población constitutiva de un Estado.¹² Es el vínculo jurídico que une a una persona con un Estado¹³, del cual se derivan un conjunto de derechos y obligaciones, que permite vincular a una entidad con las leyes aplicables a la población residente de un Estado.

El cambio de nacionalidad trae consigo el cambio del régimen legal de la sociedad, porque ésta se somete a las disposiciones de una ley diferente a la del lugar en que se creó, por lo que respecto a las personas morales, el cambio de nacionalidad comúnmente va asociado al cambio de domicilio, ya que éste es uno de los criterios que tradicionalmente se utiliza para atribuir la nacionalidad a una persona jurídica.

Al respecto, la Corte Internacional de Justicia y la Comisión de Derecho Internacional considera a la nacionalidad como un vínculo jurídico que posee en su base un hecho social de cohesión, de adhesión; una unión efectiva de existencia, intereses y sentimientos en donde los factores tales como la historia, la lengua, la religión, la cultura, juegan un rol preponderante, pero siempre variable, según las circunstancias dentro de ese conjunto de tradiciones y de ideales comunes.¹⁴

En principio, la nacionalidad podría parecer propia y exclusiva de las personas físicas como integrantes de la población de un Estado; sin embargo, las personas morales son entidades abstractas o ficciones jurídicas creadas al amparo de las legislaciones de un Estado que, si bien, no forman parte de la población, sí cuentan con nacionalidad como consecuencia lógica de la atribución de personalidad jurídica, que constituye un símbolo de pertenencia o vinculación con las normas de un Estado.

¹² Rodríguez Rodríguez, Joaquín, “Tratado de Sociedades Mercantiles”, Editorial Porrúa, 23^a Edición, México 2003, pp. 908 y 909.

¹³ Nibuyet, Juan Paulino, “Principios de Derecho Internacional Privado”, Editorial Nacional, México 1974, pp. 77.

¹⁴ Corte Internacional de Justicia, Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, “Reporte sobre la Nacionalidad”, Cuarta Sesión, Génova 1952, p. 7.

Al respecto, Pérez Vera señala que la nacionalidad de las personas morales no es más que una forma de denominar el vínculo entre un ordenamiento y un contrato de organización (contrato de sociedad).¹⁵

En este sentido, cuando el legislador utiliza la idea de nacionalidad para las sociedades, está creando una ficción consistente en considerar a un contrato de organización como una persona para otorgarle una nacionalidad, teniendo como única finalidad la remisión a la normatividad de un Estado.

Sobre el particular, existe un criterio hermenéutico que establece que “sólo se deben aplicar las normas y principios procedentes del régimen de la nacionalidad de las personas físicas cuando sean compatibles y adecuados al objeto que nos ocupa, un contrato de organización.”¹⁶

Asimismo, es un principio reconocido de Derecho Internacional consuetudinario, que el Estado posee un poder exclusivo de atribución de su nacionalidad, señalando las condiciones de su adquisición o pérdida, lo cual ha sido reconocido por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el Caso de los Decretos de Nacionalidad entre Túnez y Marruecos, en su Opinión Consultiva del 7 de febrero de 1923.¹⁷

Este principio fue reafirmado en el Caso Notteböhme entre Guatemala y Liechtenstein, en su fallo de 1955, en donde se estableció que todo Estado soberano tiene el derecho a reglamentar, en su propia legislación, la adquisición de su nacionalidad, así como la de conferir ésta por naturalización otorgada por sus propios órganos, conforme a su misma legislación.¹⁸

¹⁵ Pérez, Vera, “Artículo 9.11”, en la Reforma del Título Preliminar del Código Civil, 1977, p.499 y ss.

¹⁶ Larenz, Canaris, “Methodenlehre der Rechtswissenschaft”, 3ª Edición, 1995, pp. 83 y 84.

¹⁷ Hudson, Manley O., “The World Court 1921-1934”, Boston, Edit. World Peace Foundation, 1934, pp. 86-90. El diferendo franco-británico sobre los decretos de nacionalidad en Túnez y Marruecos, fue considerado por la Corte como no siendo exclusivamente un punto de jurisdicción doméstica de acuerdo con el primer párrafo 8 del artículo 15 de la Convención, aun y cuando reconoció que las cuestiones de nacionalidad caen generalmente dentro del ámbito de la jurisdicción doméstica.

¹⁸ Corte Internacional de Justicia, “Caso Nottebohm, Liechtenstein vs. Guatemala”, sentencia sobre el fondo (6 de abril, 1955). CIJ Recueil, 1955, 21.

No obstante lo anterior, Batiffol recordaba que la unilateralidad y discrecionalidad para otorgar una nacionalidad debe ser ejercida por el Estado, sabedor de que es parte de una comunidad internacional, por lo que su reglamentación debe ser prudente y no provocar conflictos de nacionalidad o dejar a los individuos apátridas.¹⁹

Sin embargo, no debe perderse de vista que una cosa es la nacionalidad, que depende del Derecho interno de un Estado y, otra muy distinta e independiente, es la eficacia internacional de la nacionalidad, que depende de las condiciones previstas por el Derecho Internacional, pues si bien la determinación unilateral de la nacionalidad es atribuible a la soberanía de cada Estado, ésta deberá además respetar las condiciones previstas por el Derecho Internacional para evitar conflictos frente a otros Estados.²⁰

Partiendo de la base de que todo Estado tiene la potestad de otorgar nacionalidad a las personas jurídicas, señalando los requisitos para su atribución y pérdida, es preciso recordar que existen distintos modelos o sistemas a nivel internacional que analizan la atribución de dicha nacionalidad²¹, que se pueden agrupar en tres rubros principales.

i) Modelo de Constitución o Incorporación.

Este criterio ha sido sostenido tradicionalmente por el Derecho Anglosajón y establece que la persona moral tendrá la nacionalidad del Estado cuyas leyes utilizó para su constitución.

¹⁹ Batiffol, Henri. “Aspects Philosophiques du Droit International Privé”, Dalloz, Paris, 1956. Citado en Pereznieta, Castro Leonel, “Derecho Internacional Privado”, Parte Especial, Oxford, México, 2007, 2da Edición, p.40.

²⁰ Un ejemplo de lo anterior resulta del caso Pesquerías Noruegas ante la Corte Internacional de Justicia, en el que la Corte reconoció que cada Estado es competente para delimitar unilateralmente sus aguas territoriales; sin embargo, la oponibilidad de dicha delimitación realizada unilateralmente frente a los otros Estados está regulada por el Derecho Internacional; máxime cuando se pretende invocar dicha delimitación en la esfera internacional. De la misma forma que las delimitaciones unilaterales, cuando se pretende dar efectos internacionales a la nacionalidad, la determinación unilateral de la nacionalidad deberá, además, respetar las condiciones previstas por el derecho internacional.

²¹ Helguera, Enrique, “La Nacionalidad de las Sociedades Mercantiles”, Editorial Ocampo, México 1953, pp. 221 y ss.

El fundamento jurídico de esta postura tiene como base en el hecho de que una sociedad nace con personalidad jurídica por voluntad de un Estado.

La crítica que se hace a este modelo es que si bien reconoce un vínculo jurídico de la persona moral con el Estado, en realidad no existe una conexión material, pues permite considerar como nacionales a sociedades que incluso pudieran tener exclusivos vínculos políticos y económicos en otros Estados.

En este modelo, el problema del reconocimiento de sociedades extranjeras se resuelve fácilmente, pues una sociedad extranjera se reconoce si se ha constituido adecuadamente conforme al Derecho de su constitución elegido por los socios.

Así, la legislación de constitución determina los efectos de dicho reconocimiento, esto es, si tiene o no personalidad jurídica, su contenido y alcance. El reconocimiento incluye tipos societarios extranjeros, pues una vez constituida en un Estado, la sociedad es reconocida en todos los demás.

ii) Modelo de sede real o domicilio social.

Bajo este sistema, la sociedad posee la nacionalidad del país en donde tenga su sede real o domicilio social, que se identifica con la administración central donde se toman ordinariamente las decisiones sociales (administración y dirección de la sociedad), así como con el lugar donde la sociedad tiene su centro principal de actividades.²²

Este modelo ha sido doctrinalmente criticado, ya que pueden llegar a presentarse defraudaciones con la creación de sedes o el señalamiento de domicilios sociales ficticios.²³

²² Garcimartín Alférez, Francisco, “Derecho de Sociedades: Problemas de Ley Aplicable”, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad Castilla-La Mancha, p. 5.

²³ Caso Moulin Rouge Attraction Inc. LTD, con domicilio ficticio en Londres citado por Helguera Enrique, “La Nacionalidad de las Sociedades Mercantiles”, Editorial Ocampo, México 1953, p. 221.

En este modelo, la sociedad se va a reconocer en el extranjero siempre que se haya constituido válidamente conforme al Derecho del Estado donde tenga su sede real efectiva o su domicilio social.

Así las cosas, si una sociedad no se ha constituido conforme al Derecho del Estado donde tiene su sede real, no es una sociedad válidamente constituida y, por consiguiente, no se le reconoce como tal.

iii) Modelo mixto (constitución y domicilio)

El doctrinario Enrique Helguera²⁴ considera que este doble criterio es el más completo para determinar la nacionalidad de las sociedades, pues contempla el criterio de constitución, que reconoce la conexión jurídica de la corporación con el Estado, acompañado con una conexión material que determina la vinculación material entre ésta y aquél.

En este modelo, una sociedad será reconocida en el extranjero si fue constituida en una sede real, conforme a las normas imperativas de dicha sede, es decir, del Estado donde se encuentra su domicilio.

Al respecto, cabe señalar que la legislación mexicana se orienta a la adopción del criterio o modelo mixto de constitución y sede real efectiva para la adquisición de la nacionalidad tratándose de personas morales, lo cual se corrobora al señalar el artículo 8 de la Ley de Nacionalidad²⁵ que la sociedad mercantil de nacionalidad mexicana es aquella que se constituye adoptando cualquiera de las formas o estructuras que reconocen las leyes, estableciendo su domicilio legal en territorio nacional.

²⁴ Helguera Enrique, op.cit. p. 223.

²⁵ “Artículo 8 de la Ley de Nacionalidad. Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes mexicanas y tengan en el territorio nacional su domicilio legal.”

3. Migración internacional

El traslado de domicilio social al extranjero es un acto jurídico que se actualiza mediante la realización de actos de Derecho privado llevados a cabo dentro de la esfera de la autonomía de voluntad de los particulares; sin embargo, en ocasiones, este tipo de actos generan consecuencias de Derecho Público, como lo es un posible cambio de nacionalidad.

En efecto, una migración societaria, integrada por el traslado de domicilio y la adecuación de la entidad extranjera al derecho aplicable en el país de destino, regularmente conlleva un cambio de nacionalidad, en virtud de que estos actos actualizan el supuesto normativo en virtud del cual el Estado receptor atribuye nacionalidad a las personas jurídicas.

Por lo anterior, se habla de transformación o nacionalización según se atienda al proceso referido desde dos perspectivas diferentes, desde la perspectiva corporativa y desde la perspectiva del vínculo jurídico que resulta de ese proceso entre la entidad que se transforma y el Estado destino, lo cual, en conjunto implica la migración internacional de una sociedad.

En efecto, la migración societaria al extranjero conlleva dos tipos de problemas; por una parte, a nivel conflictual, que implica resolver si el cambio de domicilio o sede social implica un cambio en la ley aplicable, es decir, dejar de aplicar la ley del Estado de constitución para aplicar la ley del Estado de destino; y por otra, en el nivel material, es necesario analizar los presupuestos bajo los que la sociedad puede trasladar su domicilio al extranjero y las consecuencias de dicho traslado, como sería conservar su personalidad jurídica, con todos sus atributos.²⁶

i) Nivel Conflictual (normas conflictuales)

²⁶ Blanco Morales, "La Transferencia internacional de sede social", 1997, p. 25; Fernández del Pozo, "Transferencia internacional de sede social", R.G.D., N° 591, 1993, p. 11891.

Para dar respuesta a si el cambio de domicilio o sede social conlleva o no un cambio de nacionalidad y, por ende, de ley aplicable, debe analizarse el Modelo que cada Estado haya elegido para atribuir nacionalidad a las sociedades, a saber, el modelo de sede real o constitución.

Así, si el Estado adoptó un modelo de sede real, un cambio de sede implica necesariamente un cambio de ley aplicable, pues la sociedad deja de estar sometida a la ley anterior y pasa a estar sujeta a la Ley del Estado donde fije su nuevo domicilio.

Por el contrario, en el caso del modelo de constitución, un cambio en la sede real no implica una modificación de la ley aplicable, ya que este cambio sólo se producirá en el caso de que la sociedad adopte estatutariamente la ley del Estado de destino.

Ahora bien, cuando conforme a las normas de conflicto, el traslado del domicilio o sede conlleve una modificación de la ley aplicable, se presenta inmediatamente la cuestión de qué ley rige los presupuestos, condiciones y consecuencias materiales de dicha modificación, esto es, la ley anterior, la ley nueva o ambas.

En efecto, si se produce un cambio en la ley aplicable, las normas materiales que en su caso resulten aplicables, resolverán los efectos del cambio sobre la existencia de la sociedad, es decir, si conserva o no su personalidad jurídica, así como sus atributos, derechos y obligaciones.

ii) Nivel Material (normas materiales)

Como se ha mencionado, el traslado del domicilio de una sociedad extranjera pudiera conllevar en realidad la adopción de una nueva nacionalidad y, consecuentemente, un cambio del Derecho aplicable a la sociedad.

Derivado de lo anterior, es necesario plantear si resulta posible el traslado del domicilio social con mantenimiento de la personalidad jurídica y sus atributos al país en que desea establecerse la sociedad.

Al aplicar las normas materiales designadas por el Derecho internacional nos podemos encontrar dos escenarios²⁷ posibles en función de la postura que adopten los ordenamientos jurídicos implicados en el traslado, a saber, el ordenamiento jurídico del país de origen y del país de destino, que son los siguientes:

a. El primer escenario se da cuando las normas materiales del ordenamiento jurídico del país de origen o del país de destino, no permitan el mantenimiento de la personalidad jurídica por razón del traslado del domicilio.

En efecto, si una sociedad quiere cambiar su domicilio a otro país conservando su personalidad jurídica, pero la legislación del país de origen o de destino no permite la migración de la sociedad conservando su personalidad, la única opción que tiene la sociedad cuyo traslado de domicilio se pretende, es disolver la sociedad constituida en el país de origen y constituir una nueva sociedad *ex novo* en el país de destino.

Este escenario no plantea problemas internacionales particulares, pues todos los ordenamientos permiten disolver voluntariamente las sociedades y todos permiten constituir nuevas sociedades.

Así, la ley del país de origen determinará las condiciones y los efectos de la disolución, mientras que la ley del país de destino determinará los presupuestos de constitución de la nueva sociedad.

Diversos tratadistas señalan que los problemas que plantea este escenario son fundamentalmente de naturaleza económica, por su elevado costo para los

²⁷ Calvo Caravaca, Carascosa, “Derecho Internacional Privado II”, 3ª Edición, 2001, p. 291.

interesados, pues los socios deberán disolver la sociedad, liquidar su patrimonio e incorporarse en el nuevo Estado, transfiriéndole a la nueva sociedad su patrimonio.²⁸

En relación con esta modalidad de adquisición de nacionalidad, el catedrático Garcimartín Alférez señala como ejemplo el caso de que *“los socios de una SA española quieren operar bajo el tipo de una GMBH alemana, nada les impide que se disuelvan conforme al derecho español (Art. 260 y ss. LSA) y se constituyan ex novo en Alemania conforme a los requisitos que exige el Derecho Alemán. En tal caso, los accionistas tienen derecho a su cuota de liquidación (Art. 276 LSA) y los acreedores a una satisfacción de sus créditos, o a su aseguramiento en el caso de que no haya vencido (Artículo 277 LSA). No habría obstáculos en estos casos, para realizar una cesión global del activo y del pasivo a la nueva sociedad (Art. 266 LSA). Fiscalmente se aplicarán las normas previstas para la liquidación. Un resultado equivalente se podría alcanzar por la vía de la fusión.”*²⁹

Así las cosas, bajo este criterio, cuando las normas materiales del ordenamiento jurídico del país de origen o del país de destino, no permitan el mantenimiento de la personalidad jurídica por razón del traslado del domicilio, la sociedad extranjera tendrá que disolverse conforme a su legislación y constituir una nueva sociedad en el país de destino conforme a la normatividad aplicable en dicho país.

b. El segundo escenario se configura cuando ambos ordenamientos jurídicos involucrados admitan que la sociedad, cuyo traslado de domicilio se pretende, conserve su personalidad jurídica.

Este supuesto se actualiza si el ordenamiento jurídico del país de origen de la sociedad permite que la sociedad emigre a un ordenamiento jurídico distinto, y si el

²⁸ Arenas, García, *“La lex societatis en el Derecho de las sociedades internacionales, Derecho de los Negocios”*, N°70, p. 242; Sánchez, Calero, *“La nacionalidad de la sociedad anónima”*, RdS, 1, 1993, p. 54; Bechtel, *“Umzug von Kapitalgesellschaften unter der Sitztherorie”*, 1999, pp. 128-136; Karsten-Schmidt, *“Sitzverlegungsrichtlinie, Freizügigkeit und Gesellschaftsrechtspraxis”*, ZGR, 1999, p.22; Kruse, *“Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EG”*, 1997, p. 28; Menjuco, *“La mobilité des sociétés dans l’ espace européen”*, 1997, pp. 74-78.

²⁹ Garcimartín, Alférez, op.cit. p. 93.

ordenamiento jurídico del país de destino también permite que una sociedad inmigre conservando la misma personalidad jurídica.

Bajo este escenario, la sociedad no tendría que asumir el costo correspondiente a la disolución de la sociedad en el país de origen, adoptando alguno de los tipos societarios reconocidos por el Derecho del país de destino al que se someterá la sociedad y modificando sus estatutos para adoptarlos a la legislación del país de origen³⁰, cumpliendo con los requisitos registrales establecidos en la legislación de dicho país.

Ello, toda vez que con el traslado de domicilio, la sociedad podrá adoptar uno de los tipos societarios reconocidos en el Derecho del país de destino y cumplir con los requisitos impuestos por su normatividad a las sociedades inscritas en dicho país.

En estos casos, es cuando se habla propiamente de una migración o transformación³¹ de una sociedad del país de origen al país de destino conservando su personalidad jurídica, siendo necesaria la aplicación, tanto de la ley del país de origen, como del país de destino, ya que con independencia del modelo normativo que se siga, ambos ordenamientos regulan distintos momentos del proceso de migración.

En este sentido, si el Derecho material de la ley del país de origen permite *lato sensu*, de manera expresa o tácita, que la sociedad “emigre” a un país extranjero sin necesidad de disolverse y el derecho material del país de destino permite, de manera expresa o tácita, que una sociedad extranjera “inmigre” sin necesidad de constituirse *ex novo*, la migración será posible, sin perder la personalidad jurídica y atributos, derechos y obligaciones.

³⁰ El tema es abordado por el licenciado Juan Miguel Goenechea y Cristina Gracia en el artículo “Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales”, págs. 17 y 18.

³¹ En el ámbito internacional la acepción “transformación” se refiere en un sentido amplio; esto es, se refiere al cambio de una sociedad de un país de origen a un país de destino con independencia de que sea el mismo tipo societario o no, y no únicamente a los cambios de tipo societario, como lo establece la Ley General de Sociedades Mercantiles (por ejemplo: de S.A. a S.L.; o de SA a colectiva).

Sin embargo, si en cualquiera de los dos casos (país de origen o de destino) la respuesta es negativa, no será posible la migración y la única opción de que disponen los socios es la disolución en el país de origen y la constitución *ex novo* en el país de destino³².

Se insiste, el supuesto para que no opere la migración de una sociedad extranjera de un país de origen a uno de destino conservando su personalidad jurídica, requiere forzosamente que exista una negativa o prohibición expresa en alguno de los dos ordenamientos de los países (de origen o de destino), para que entonces sea necesaria la constitución de una sociedad *ex novo*, en virtud de que se trata de actos de Derecho privado cuyo límite sólo puede estar determinado por la prohibición expresa de la ley.

³² Garcimartín Alférez Francisco, op. Cit., pp.94.

CAPÍTULO III

DERECHO COMPARADO

1. Comunidad Europea

La migración de una sociedad extranjera de un Estado de origen a un Estado destino, conservando su personalidad jurídica, es un modelo de transformación de sociedades que ha tenido gran auge en la comunidad internacional en los últimos años y, particularmente en la Comunidad Europea.

Como ejemplo de lo anterior, basta citar la Resolución del Parlamento Europeo aprobada el 2 de febrero de 2012, que en su Recomendación 2 establece que “*la Directiva deberá permitir a las sociedades ejercer su derecho de establecimiento mediante la migración de un Estado miembro de acogida sin perder su personalidad jurídica, sino mediante su conversión en una sociedad regida por la legislación del Estado miembro de acogida, sin que tenga que ser disuelta.*”³³

Incluso, en dicha recomendación se establece también que “el traslado debe revestir un carácter fiscalmente neutro”.

Sobre el particular, la doctrina europea ha señalado que lo que asegura “*la Directiva es que cuando se produzca ese cambio, la sociedad conserve su personalidad jurídica: el cambio de la ley aplicable “no dará lugar a la disolución ni a la creación de una nueva personalidad jurídica.*”³⁴

Así las cosas, es común en la práctica internacional, y es la tendencia actual, celebrar migraciones de sociedades extranjeras de un Estado de Origen a un Estado Destino, conservando su personalidad jurídica y cambiando la ley aplicable a éste último,

³³ “Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la Decimocuarta Directiva sobre el Derecho de las Sociedades referente al traslado transfronterizo del domicilio social de las empresas”.

³⁴ Hoffman, Neue, “Möglichkeiten zur identitätswaherenden Sitzverlegung in Europa?”, ZHR, 2000, p.51; Karsten Schmidt, op cit. p. 29.

sin que ello implique de manera alguna extinción de la sociedad en el país de origen y la creación *ex novo* de una sociedad nueva.

2. Derecho Positivo Español

De conformidad con el Código Civil español, las sociedades reconocidas por la ley, domiciliadas en España, gozarán de la nacionalidad española, lo cual se orienta hacia el modelo de sede real.

Derivado de lo anterior, si es voluntad de una sociedad cambiar de nacionalidad, será a través del traslado de la sede de la sociedad, lo cual, no es causa de liquidación de la sociedad, sino un mero acto de gestión económica.³⁵

Ahora bien, cuando el traslado de sede conlleve una modificación de la ley aplicable (*lex societatis*), los presupuestos de dicha transformación deben someterse a la ley anterior, mientras que las condiciones de adaptación, a la ley nueva.

El doctrinario Garcímartín³⁶ señala que la *lex societatis* anterior determina la posibilidad y los presupuestos de “transformación internacional” de la sociedad, siendo que la *lex societatis* nueva regula la posibilidad y los requisitos necesarios para la “adaptación” de una sociedad extranjera al tipo nacional.

Por consiguiente, la posibilidad de mantener la personalidad jurídica, es decir, de realizar la operación sin necesidad de disolverse y constituirse *ex novo*, dependerá de que lo permita el contenido material de ambas leyes.

Ahora bien, tal y como acontece en la legislación mexicana, en el Derecho español no existe una regulación expresa con alcance general sobre la procedencia o admisibilidad de la nacionalización con permanencia de la personalidad jurídica en el estado destino.

³⁵ Calvo Caravaca y Blanco Morales, op.cit. p. 303.

³⁶ Garcímartín Alférez, Francisco, op.cit. p. 97

Sin embargo, tal y como señala Garcimartín en su artículo denominado “Derecho de Sociedades: Problemas de Ley Aplicable”, el silencio del legislador no debe interpretarse como una respuesta negativa, ya que las modificaciones de la ley aplicable (*lex societatis*) en cuanto a la transformación jurídica de la sociedad del Estado de origen al Estado destino son eficientes y, además, el legislador español permite expresamente la fusión internacional de sociedades, cuyo efecto es análogo al de una modificación de *lex societatis*.

En efecto, una fusión societaria internacional conlleva efectos análogos a los de una modificación de la *lex societatis* aplicable, por lo que admitir la fusión y rechazar una migración, implicaría una grave contradicción, que resulta inadmisibles en un Estado de Derecho.

Inclusive, en la doctrina es prácticamente unánime la tesis de que si en los Estados se admite la “fusión internacional” y existe omisión en la regulación del cambio de ley aplicable por nacionalización o transformación jurídica de una sociedad conservando su personalidad jurídica, debe admitirse el cambio por traslado de domicilio o sede real, ya que no sería lógico admitir la fusión de sociedades y rechazar la migración.³⁷

Lo que es más, la analogía que hay entre ambas situaciones ha sido reconocida por el legislador italiano, quien la introdujo en la nueva Ley Italiana de Derecho Internacional Privado, que específicamente en su artículo 25.3 establece que “*I trasferimenti della sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati.*”³⁸

³⁷ Bechtel, op.cit. p.108, “Behrens, Der Durchgriff über die Grenze”, Rabels 1982, p. 69; Beitzke, “Internationalrechtliches zur Gesellschaftsfusion” FS Hallstein, 1966, p. 25, Menjuco, op.cit. pp.6-7 y Fernández del Pozo, op.cit. p. 11904.

³⁸ “Las transferencias de la sede social a otro Estado y las fusiones de las entidades establecidas en Estados diferentes tienen eficacia sólo si se realiza de conformidad con las leyes de los Estados interesados”.

En estos términos, debido a la inexistencia de regulación del Derecho español respecto a la figura de la migración, debe atenderse a la interpretación para integrar dichas lagunas, para lo cual, hay dos grupos de reglas que proporcionan un referente interpretativo, a saber, aquellas sobre transformaciones del tipo societario y aquéllas que regulan las modificaciones de la *ley societatis* aplicable, pues en ambos casos se habla de un cambio en el estatuto jurídico que rige a la sociedad.

Así, debe admitirse la posibilidad de nacionalizar a una empresa extranjera al Estado español, sin necesidad de disolverse en el Estado extranjero y constituirse *ex novo* en España, siempre que la ley del país de origen lo permita.

Lo anterior, ya que ello se encuentra implícitamente reconocido por el legislador, al permitir la fusión internacional de una sociedad extranjera con una española, e incluso, permitir la emigración de las sociedades españolas, pues analógicamente es aplicable a la inmigración de las sociedades extranjeras.

Así las cosas, resulta indiscutible que en términos del Derecho de la Comunidad Europea, así como del Derecho español, es posible efectuar una migración internacional en la medida que ello sea permitido, expresa o tácitamente, tanto por el derecho del país de origen, como por el derecho del país de destino.

CAPÍTULO IV

RESOLUCIONES JUDICIALES INTERNACIONALES

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha mantenido un criterio constante en el sentido de que la libertad de establecimiento de las sociedades recogida en el Derecho comunitario comprende el derecho de transferir la sede social de un Estado a otro, sin que ello requiera la previa disolución y posterior constitución de la sociedad con arreglo al Derecho del otro Estado, manteniendo la personalidad jurídica de la sociedad, siempre que el Estado de origen así lo permitan y el Estado de destino no prohíba dicha operación.

En efecto, existen dos precedentes de particular importancia emitidos por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que son el caso “Daily Mail and General Trust”³⁹ y el caso “Cartesio”.⁴⁰

Asimismo, existe una resolución emitida por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, conocida como el caso “Amco Asia Corp.”, que reviste particular importancia para el presente trabajo, pues analiza la ley del Estado de Delaware para efectos de una migración societaria.

1. Caso Daily Mail and General Trust

En este caso, una sociedad controladora y de inversión llamada Daily Mail and General Trust PLC, constituida con arreglo al Derecho del Reino Unido y con sede social en dicho país, solicitó trasladar su domicilio social a Holanda sin perder su personalidad jurídica.⁴¹

³⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, “Resolución del 27 de septiembre de 1988 emitida en el asunto 81/87, The Queen/Treasury and Commissioners of Inland Revenue-ex parte Dailey Mail and General Trust PLC”.

⁴⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, “Resolución del 16 de diciembre de 2008, asunto C210/06, Cartesio.”

⁴¹ Calvo Caravaca/Blanco Morales, “Derecho Internacional privado II”, 3ª Edición, 2002, pp. 430 y 431.

La legislación británica no impedía dicho traslado; sin embargo, exigía que con anterioridad al mismo, la sociedad obtuviera una autorización específica expedida por la Hacienda Pública Británica.

Por otra parte, las leyes de Holanda no impedían expresamente que las sociedades extranjeras establecieran su sede social y administración central en dicho país, por lo que es dable concluir que ello se encontraba permitido.

Sin embargo, y ante la lentitud de la Hacienda Británica, que tardaba en expedir la autorización fiscal en cuestión, la sociedad Daily Mail decidió proceder a la apertura de una oficina de gestión de inversiones en los Países Bajos con vistas a prestar servicios a terceros, sin esperar a obtener la citada autorización fiscal británica.

Derivado de lo anterior, el gobierno británico cuestionó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea si resultaba jurídicamente viable que un Estado, en términos de su legislación nacional, prohibiera a una sociedad trasladar su domicilio a otro Estado por no haber cumplido con la obtención de la autorización previa requerida.

Así las cosas, el Tribunal resolvió que el Derecho del Estado Británico (Estado de origen), era aplicable para establecer las circunstancias y requerimientos que debían concurrir para realizar la migración, por lo que la exigencia de la autorización prevista en la ley nacional británica era legítima.

En estos términos, es posible concluir que el derecho aplicable para determinar si es o no posible efectuar una migración internacional, es el correspondiente al Estado de origen, en la medida que el Estado de destino no prohíba dicha operación.

2. El Caso Cartesio

La sociedad Cartesio era una sociedad constituida de conformidad con el Derecho húngaro, que tenía su domicilio social en Hungría. Dicha sociedad trasladó su domicilio social a Italia, y manifestó que deseaba conservar su personalidad jurídica.⁴²

Sin embargo, conforme al Derecho húngaro dicho traslado se encontraba prohibido, por lo que el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea resolvió que la sociedad que traslada su sede social fuera de dicho país, pierde su condición jurídica de “sociedad”, pues pierde su personalidad jurídica y se extingue.

No obstante ello, en dicho precedente se reconoce claramente que la migración societaria es un derecho de las sociedades protegido por la libertad de establecimiento, que únicamente podría ser limitado en caso de que el derecho nacional del Estado de origen o destino prohíban expresamente dicha operación.

Por su relevancia, se transcribe en la parte conducente el pronunciamiento efectuado por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea en sesión del 16 de diciembre de 2008, al resolver el asunto de referencia:

“En efecto, una sociedad válidamente constituida en un “Estado miembro de salida”, y por tanto, beneficiaria de la libertad comunitaria de establecimiento, debe disfrutar, con arreglo a la libertad comunitaria de establecimiento, del derecho a “emigrar” a otro “Estado miembro de destino” mediante su transformación en una sociedad regida por el Derecho de tal “Estado de destino”.

En otras palabras: cuando el Derecho del “Estado miembro de destino” permite la transformación de una sociedad “extranjera” en una sociedad “nacional”, el Derecho del “Estado miembro de salida” debe permitir dicha transformación, pues en caso contrario, tal Ordenamiento jurídico vulneraría la libertad comunitaria de establecimiento. Este derecho a trasladar la sede social desde un Estado miembro a otro Estado miembro sin disolución de la sociedad pero con cambio de la Ley aplicable a la misma está recogido en varios Reglamentos comunitarios (Reglamento (CE) N° 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE), Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE),

⁴² Calvo Caravaca/Blanco Morales, op.cit. pp. 431 a 433.

Reglamento N° 2137/85 del Consejo de 25 julio 1985 relativo a una asociación europea de interés económico) (STCE 16 diciembre 2008, asunto C 210/06, Cartesio, FJ 117-118)

[...]

Pero sí que existe un derecho de las sociedades, cubierto por la libertad de establecimiento, a trasladar su domicilio social de un Estado miembro a otro con “cambio de la Ley aplicable”, es decir, mediante el ajuste legal de la sociedad al Derecho societario del Estado miembro de destino y el abandono de la Ley del Estado miembro de salida, siempre que dicha “transformación jurídica” sin necesidad de disolución de la sociedad, sea posible a tenor del Derecho del Estado miembro de destino.”

De la transcripción anterior, se desprende que el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea determinó que las sociedades tienen libertad de establecimiento, esto es, de trasladar su domicilio social de un Estado miembro a otro con cambio de la Ley aplicable, ajustándose al tipo societario del Estado miembro de destino, permitiéndose la transformación jurídica de la sociedad al país destino sin necesidad de disolución de la sociedad, siempre que no se prohíba expresamente dicha transformación.

3. Caso Amco Asia Corp.⁴³

Por otra parte, en el ámbito del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, se resolvió el caso de una sociedad denominada Amco Asia Corp., constituida bajo la ley del Estado de Delaware, Estados Unidos de América, que efectuó un traslado de sede a Indonesia sin perder su personalidad jurídica.

En dicho caso, la *litis* planteada versaba sobre la competencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, pues Indonesia argumentaba que la sociedad había sido disuelta como consecuencia de la migración, dando origen a una nueva sociedad, por lo que dicho órgano no resultaba competente.

⁴³ Caso Amco Asia Corp., “Pan American Development Ltd. y PT Amco Indonesia vs. la República de Indonesia”, CIADI No. ARB/81/1, pp. 104-105 (10 de mayo, 1988).

Al respecto, el Tribunal constató que la *lex societatis* de la sociedad Amco Asia Corp. es la legislación del Estado de Delaware, pues ésta permite que la personalidad jurídica de una sociedad migrada siga existiendo, con lo cual, reconoce expresamente, por una parte, que la ley aplicable en una migración societaria es aquella vigente en el Estado de origen y, por otra, que la ley del Estado de Delaware permite la migración internacional con conservación de la personalidad jurídica.

CAPÍTULO V
APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE DELAWARE,
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

1. Determinación de la ley aplicable

Conforme a lo analizado previamente, la *lex societatis* que resulta aplicable para determinar si una sociedad puede ser migrada a un Estado distinto al de su constitución, conservando su personalidad jurídica, incluyendo sus atributos, derechos y obligaciones, es aquella vigente en el Estado de origen; por lo que en caso de que ésta permita celebrar dicha operación, la misma será posible en la medida que el Estado de destino no prohíba la misma.

En el caso, la legislación mexicana es congruente con las resoluciones judiciales internacionales que han sido analizadas, pues además de reconocer la existencia y personalidad de las sociedades extranjeras legalmente constituidas, establece expresamente que la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles se rigen por la ley del lugar de su constitución.

En efecto, de conformidad con el artículo 250 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que las sociedades extranjeras legalmente constituidas, tienen personalidad jurídica en la República.

Asimismo, el artículo 251 de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala que las sociedades extranjeras sólo podrán ejercer el comercio desde su inscripción en el Registro Público de Comercio, previa autorización de la secretaría de Economía, para lo cual, será necesario comprobar que se han constituido de acuerdo con las leyes del Estado del que sean nacionales, que el contrato social y demás documentos constitutivos no sean contrarios a los preceptos de orden público establecidos por las leyes mexicanas y que se establezcan en la República o tengan en ella alguna agencia o sucursal.

Por otra parte, la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, firmada el 8 de mayo de 1979, de la que México es parte, y por ende, forma parte de su legislación interna, señala en su artículo 2 que la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles se rigen por el lugar de su constitución, entendiéndose por ésta, la del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas sociedades.

Asimismo, el artículo 5 de la Convención en comento establece que 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.

Por su parte, los artículos 2 y 5 de la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, firmada el 24 de mayo de 1984, de la que nuestro país también es parte, prácticamente reiteran lo establecido en el texto de los preceptos previamente comentados de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles.

Asimismo, el artículo 4 de la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado citada, establece que para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto social de las personas jurídicas privadas, regirá la ley del Estado Parte donde se realicen tales actos.

En este sentido, las Convenciones en análisis reconocen que las personas morales extranjeras se rigen y regulan conforme a la ley del lugar de su constitución, esto es, conforme al Estado donde cumplan con los requisitos de forma y fondo establecidos en las leyes bajo las cuales se encuentran organizadas; hasta en tanto establezcan la sede efectiva de su administración en otro Estado parte, momento en el cual podrán ser obligadas a cumplir con los requisitos establecidos en la legislación de éste último.

Es decir, las Convenciones referidas facultan a que las legislaciones de los Estados Parte de destino, esto es, de los Estados en que las sociedades extranjeras pretenden establecer la sede efectiva de su administración, para establecer requisitos en su legislación interna para la adopción del tipo societario de que se trate.

Por su parte, el artículo 2736 del Código Civil Federal⁴⁴ 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 regirán por el derecho de su constitución, entendiéndose por tal, el derecho del Estado en que se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas.

Asimismo, dicho precepto establece que en ningún caso el reconocimiento de la capacidad de una persona moral extranjera excederá a la que le otorgue el derecho conforme al cual se constituyó.

Al respecto, Leonel Pereznieto Castro señala que dicho artículo es una *“norma conflictual que nos remite a la Ley de la constitución de la persona moral, para conocer cómo se rigen la existencia, capacidad y funcionamiento, así como su transformación, disolución, liquidación y fusión. Ante una demanda que busque un pronunciamiento sobre cualquiera de estos supuestos normativos, el juez mexicano debe consultar la ley de constitución de la sociedad y conforme a ésta determinar si las formalidades se cumplieron y si quienes otorgan el acto eran capaces.”*⁴⁵

De lo anteriormente expuesto, es posible concluir que la legislación que regula la posibilidad de que una persona moral pueda o no transformarse o migrar a un Estado extranjero, es aquella vigente en el Estado de origen (Estado de Delaware), y no así, la legislación del Estado de destino (México), situación que es congruente con el

⁴⁴ El artículo 2736 del Código Civil Federal es una incorporación al derecho interno de lo señalado en el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, así como de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles.

⁴⁵ Pereznieto, Castro Leonel, *“Derecho Internacional Privado. Parte Especial”*, pp.473.

derecho de la Comunidad Europea, el Derecho español y los casos resueltos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, que han sido previamente analizados.

Derivado de lo anterior, tratándose de una migración internacional a nuestro País, proveniente del Estado de Delaware a México, sería necesario utilizar como fundamento jurídico la legislación de este último Estado en los términos previstos por el propio derecho mexicano en el artículo 12 del Código Civil Federal, que regula los supuestos de aplicación del derecho extranjero.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 12 del Código Civil Federal, las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquéllos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando éstas o los tratados y convenciones de que México sea parte, prevean la aplicación de un derecho extranjero.

De lo anterior se desprende una regla general de aplicación de la legislación mexicana a todas las personas por el hecho de encontrarse en la República Mexicana, así como a los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción, principio conocido por el Derecho Internacional Privado como “*locus regit actum*.”

Sobre el particular, Bartolo de Sassoferrato, citado por Leonel Perez Nieto⁴⁶ en su obra “Introducción al Derecho Internacional Privado”, establece que el “*principio locus regit actum*” equivale a que la ley del lugar donde se celebra el acto sea la que lo rija.

No obstante lo anterior, el artículo 12 del Código establece una excepción a dicho principio, consistente en que será aplicable el derecho extranjero cuando la legislación mexicana así lo prevea expresamente.

⁴⁶ PerezNieto, Leonel, “Introducción al Derecho Internacional Privado”, Novena Edición, Editorial Oxford, pág. 25.

Así las cosas, tenemos que la legislación mexicana deberá ser aplicada a todos los actos ocurridos o acaecidos en el país, permitiendo el legislador mexicano la aplicación del derecho extranjero cuando sea la propia normatividad mexicana la que haga la remisión a aquél, como sucede en el caso en estudio.

Al respecto, el artículo 14 del Código Civil Federal establece que, en la aplicación del derecho extranjero, se observarán las siguientes reglas:

a. Se aplicará como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho;

b. 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;

c. No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos;

d. Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho que regule a esta última; y

e. Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto.

Por su parte, el artículo 15 del Código Civil Federal señala que no se aplicará el derecho extranjero cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión, así como cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano.

En resumen, debe aplicarse la legislación mexicana a todo acto ocurrido en el país, permitiéndose la aplicación del derecho extranjero cuando el derecho positivo mexicano así lo establezca expresamente, siempre que en su aplicación no se pretenda fraudulentamente evadir principios fundamentales del derecho mexicano, o bien, contravenir el orden público mexicano.

En el caso en estudio, tanto la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, como la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, así como el Código Civil Federal, establecen de manera expresa que la existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, funcionamiento, transformación, disolución, liquidación y fusión de las personas morales extranjeras de naturaleza privada se regirán por el derecho de su constitución.

Derivado de lo anterior, resulta claro que en el caso en estudio, que versa sobre la inmigración al País de una sociedad constituida en el Estado de Delaware, es aplicable la legislación de dicho Estado extranjero, al ser éste cuyas leyes sirvieron de fundamento para constituir dicha sociedad, a fin de determinar si es posible realizar dicha migración sin que la sociedad objeto de la misma pierda su personalidad jurídica, atributos, derechos y obligaciones.

2. Legislación del Estado de Delaware

A fin de analizar y demostrar la hipótesis objeto del presente estudio, es preciso restringir el análisis de la figura de la migración al caso de una “Limited Liability Company” (LLC) constituida inicialmente conforme a las leyes del Estado de Delaware, en

los Estados Unidos de América, que se pretende migrar a nuestro País, pues excedería el objeto de este trabajo estudiar dicha figura en términos de la ley vigente en todas las posibles sedes de origen en el mundo.

Las reglas bajo las cuales se rige una LLC en el Estado de Delaware, se encuentran previstas en la sección 18-213 de la Limited Liability Company Act, en las que se prevé la migración y permanencia de las LLC.

En primer lugar, la legislación vigente en el Estado de Delaware establece expresamente la posibilidad de que una LLC constituida bajo las leyes de dicho Estado, sea migrada fuera de su jurisdicción, sin que ello implique afectación alguna a las obligaciones y responsabilidades previamente adquiridas, así como tampoco a la legislación aplicable en relación con éstas.

Para mayor referencia, a continuación se transcribe el texto original del inciso (d) de la sección 18-213 del Código de Delaware, así como su respectiva traducción al español:

“18-213.

...

(d) The transfer or domestication or continuance of a limited liability company out of the State of Delaware in accordance with this section and the resulting cessation of its existence as a limited liability company of the State of Delaware pursuant to a certificate of transfer shall not be deemed to affect any obligations or liabilities of the limited liability company incurred prior to such transfer or domestication or continuance or the personal liability of any person incurred prior to such transfer or domestication or continuance, nor shall it be deemed to affect the choice of law applicable to the limited liability company with respect to matters arising prior to such transfer or domestication or continuance. Unless otherwise agreed, the transfer or domestication or continuance of a limited liability company out of the State of Delaware in accordance with this section shall not require such limited liability company to wind up its affairs under § 18-803 of this title.

...”

“18-213.

...

(d) La transferencia, domesticación o continuación de una compañía de responsabilidad limitada fuera del Estado de Delaware, de acuerdo a esta sección y al cese de existencia resultante como compañía de responsabilidad limitada del Estado de Delaware en cumplimiento con un certificado de transferencia no se considerará como cambio alguno a obligaciones o responsabilidades incurridas de forma previa a la transferencia, domesticación o continuación de la compañía de responsabilidad limitada o de la responsabilidad de cualquier persona previo a la transferencia, domesticación o continuación, ni será considerado como una afectación a la ley aplicable a la compañía de responsabilidad limitada con respecto a asuntos previos a la transferencia, domesticación o continuación. A menos que de otra forma se acuerde, la transferencia, domesticación o continuación de una compañía de responsabilidad limitada fuera del Estado de Delaware no requiere bajo esta sección que dicha compañía de responsabilidad limitada liquide sus asuntos bajo la § 18-803 de este título.
...”

De conformidad con dicha disposición, la transferencia, domesticación o continuación de una LLC fuera del Estado de Delaware, si bien implica que ésta deje de ser una compañía de dicho Estado, de ninguna manera se considera que ello modifica sus obligaciones y responsabilidades previas, ni la ley aplicable a las mismas.

Asimismo, de conformidad con el precepto en comentario, la transferencia, domesticación o continuación de una LLC fuera del Estado de Delaware no requiere que dicha compañía liquide sus asuntos.

Como se puede advertir, la regulación vigente en el Estado de Delaware reconoce expresamente la posibilidad de que una LLC constituida bajo las leyes de dicho Estado, sea transferida, domesticada o continúe fuera de su jurisdicción, sin que ello implique afectación alguna a las obligaciones y responsabilidades previamente adquiridas.

Congruente con lo anterior, y reconociendo la posibilidad de que la sociedad conserve su personalidad jurídica fuera del Estado, con todos los atributos inherentes a la misma, establece que no es necesaria su liquidación, pues seguirá siendo responsable en los mismos términos de las obligaciones previamente adquiridas.

Por otra parte, en términos de la legislación del Estado de Delaware, cuando una LLC sea migrada fuera de su jurisdicción, ésta deberá ser considerada la misma entidad, por lo que la migración no afecta de forma alguna las obligaciones y derechos adquiridos por dicha sociedad con anterioridad a la operación, pues éstos se conservan en los mismos términos en que se generaron originalmente.

Para efectos de claridad, a continuación se transcribe el texto original del inciso (g) de la sección 18-213 del Código de Delaware, así como su respectiva traducción al español:

“18-213.

...

(g) When a limited liability company has transferred or domesticated out of the State of Delaware pursuant to this section, the transferred or domesticated business form shall, for all purposes of the laws of the State of Delaware, be deemed to be the same entity as the limited liability company. When any transfer or domestication of a limited liability company out of the State of Delaware shall have become effective under this section, for all purposes of the laws of the State of Delaware, all of the rights, privileges and powers of the limited liability company that has transferred or domesticated, and all property, real, personal and mixed, and all debts due to such limited liability company, as well as all other things and causes of action belonging to such limited liability company, shall remain vested in the transferred or domesticated business form and shall be the property of such transferred or domesticated business form, and the title to any real property vested by deed or otherwise in such limited liability company shall not revert or be in any way impaired by reason of this chapter; but all rights of creditors and all liens upon any property of such limited liability company shall be preserved unimpaired, and all debts, liabilities and duties of the limited liability company that has transferred or domesticated shall remain attached to the transferred or domesticated business form, and may be enforced against it to the same extent as if said debts, liabilities and duties had originally been incurred or contracted by it in its capacity as the transferred or domesticated business form. The rights, privileges, powers and interests in property of the limited liability company that has transferred or domesticated, as well as the debts, liabilities and duties of such limited liability company, shall not be deemed, as a consequence of the transfer or domestication out of the State of Delaware, to have been transferred to the transferred or domesticated business form for any purpose of the laws of the State of Delaware.

...”

“18-213.

...

(g) Cuando una compañía de responsabilidad limitada halla sido transferida o domesticada fuera del Estado de Delaware, en cumplimiento a esta sección, la forma de negocio domesticado o transferido deberá, para todo propósito de las leyes del Estado de Delaware, ser considerada la misma entidad que la compañía de responsabilidad limitada. En caso de que cualquier transferencia o domesticación de una compañía de responsabilidad limitada fuera del Estado de Delaware se vuelva válida bajo esta sección, todos los derechos, privilegios y poderes de la compañía de responsabilidad limitada que hayan sido transferidos o domesticados, así como toda propiedad, real, personal y mixta, y toda deuda de la compañía de responsabilidad limitada, así como cualquier otra cosa o causa de acción perteneciente a dicha compañía de responsabilidad limitada, deberá, bajo las leyes del Estado de Delaware, mantenerse investida en la forma de negocios transferidos o domesticados y deberá ser propiedad de dicha forma de negocios transferidos o domesticados, siendo propiedad de dicha forma de negocios transferidos o domesticados, y los títulos de cualquier propiedad investidos por escritura o de otra forma a dicha compañía de responsabilidad limitada, sin ser revertidos o de ninguna forma limitados por razón de este capítulo; sin embargo, todos los derechos de acreedores así como todo derecho de retención sobre cualquier propiedad de dicha compañía de responsabilidad limitada se mantendrán sin cambios, y toda deuda, responsabilidad y deberes de la compañía de responsabilidad limitada que hayan sido transferidos o domesticados se mantendrán ligados a la forma de negocios transferida o domesticada, y pueden ser exigibles en contra y al mismo alcance que si dichas deudas, responsabilidades y deberes se hubieran originado inicialmente o adquiridos en su capacidad por la forma de negocios transferida o domesticada...”

Como se puede advertir, en términos de la ley vigente en el Estado de Delaware, cuando una LLC sea migrada fuera de su jurisdicción, ésta deberá ser considerada la misma entidad.

Asimismo, de dicho precepto se desprende que al efectuar la migración de una LLC fuera del Estado, todos los derechos, privilegios, poderes, propiedad, deuda, causa de acción, títulos e intereses de la sociedad, se conservará como propiedad de la misma, sin cambio alguno.

En estos términos, de conformidad con la legislación del Estado de Delaware, la migración de una LLC fuera del Estado no afecta de forma alguna las obligaciones y derechos adquiridos por dicha sociedad previo a la operación, ya que es considerada la misma entidad, con la misma personalidad y atributos con que fue constituida, lo cual prevalecerá en la entidad con el nuevo tipo societario que, en su caso, se adquiera.

Así las cosas, si la ley del país de origen permite de manera expresa que una LLC emigre a un país extranjero sin necesidad de disolverse, dicha operación será posible en caso de que la legislación del país de destino permita, de manera expresa o tácita, que dicha sociedad extranjera inmigre sin necesidad de constituirse *ex novo*, en cuyo caso, conservaría su personalidad jurídica, atributos, derechos y obligaciones.

CAPÍTULO VI

REGULACIÓN DE LA MIGRACIÓN INTERNACIONAL EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

1. Admisibilidad de la migración internacional

El orden jurídico no sólo contiene la proposición de que se está obligado a una conducta determinada (en cuanto a la negación de esa conducta es estatuida como condición de la específica consecuencia jurídica), sino también la proposición “se es libre de hacer u omitir aquello a que no se está obligado”,⁴⁷ axioma que ha sido denominado doctrinalmente como el principio de clausura del derecho.

En efecto, para atribuir permisos no son necesarias normas jurídicas permisivas expresas, en cuanto que el ordenamiento jurídico se basa en el postulado fundamental según el cual está permitido todo lo que no está obligado ni prohibido.⁴⁸

Asimismo, Del Vecchio sostiene que “el permiso de por sí, no requiere ser pronunciado por el Derecho, porque por regla general es jurídicamente lícito todo aquello que no está jurídicamente prohibido. Por ende, una norma jurídica permisiva, no tiene razón de ser, ni es pensable por sí misma: mas puede en cambio tener sentido con respecto a otras normas de carácter imperativo, cuya esfera de aplicación restrinja o limite en cierto modo”.⁴⁹

Lo anterior, es reconocido en el derecho positivo mexicano por el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías

⁴⁷ Kelsen, Hans, “La teoría pura del derecho”, Editorial Época, México 2001, pp. 138 y 139.

⁴⁸ Bobbio Norberto, “El Problema del positivismo Jurídico”, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1979, p.220.

⁴⁹ Del Vecchio, Giorgio, “Filosofía del Derecho”. P. 343-344.

para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la Constitución establece.

Por su parte, el artículo 14 de nuestra Constitución establece que nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Asimismo, el diverso artículo 16 de la Constitución Federal señala que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde (en la ley) y motive la causa legal del procedimiento.

En conjunto, dichas disposiciones establecen los derechos fundamentales de legalidad y seguridad jurídica, conforme a los cuales, los gobernados únicamente pueden ser privados del ejercicio pleno de sus derechos, ante una norma que expresamente prohíba o restrinja los mismos.

En relación con lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado a nivel doctrinal que “las garantías de libertad son un conjunto de derechos públicos subjetivos para ejercer, sin vulnerar los derechos de terceros, libertades específicas que las autoridades del Estado deben respetar, y que no pueden tener más restricciones que las expresamente señaladas en la Constitución. Su calidad de derechos subjetivos permite que sean reclamables antes el Estado, que está obligado a no interferir en la esfera de garantías libertarias de los individuos, así como a asegurar las condiciones para que aquéllas gocen de vigencia, imponiéndoles algunas limitaciones en beneficio de la paz, el orden y la armonía sociales.”⁵⁰

⁵⁰ Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Las Garantías de Seguridad Jurídica”, Colección Garantías Individuales, 2ª Edición, México, 2005, p. 25.

En efecto, nuestra Constitución reconoce la premisa consistente en que mientras que para las autoridades lo que no está expresamente permitido no es jurídicamente legal, por el contrario, para los gobernados está permitido el libre ejercicio de sus derechos subjetivos, siempre y cuando no se afecten derechos de terceros y que la conducta en cuestión no se encuentre expresamente restringida o regulada.

En este sentido, el tratadista Ignacio Burgoa ha señalado que “el criterio que sirvió de fundamento a las limitaciones de la libertad se transformó y amplió con el tiempo. Entonces la simple producción del daño a un particular ya no era ni el único ni el más importante dique al desarrollo abusivo de la potestad libertaria. El Estado, como persona política y social, podía ser también vulnerado por un desenfrenado ejercicio de la libertad. Fue así como, a lado del factor limitativo ya mencionado se declaró que la libertad del individuo debería restringirse en aquellos casos en los que su ejercicio significará un ataque o vulneración al *interés estatal o interés social*. Junto a la limitación de la libertad en aras del interés particular, se consagró la restricción a la misma en beneficio del Estado o de la sociedad.”⁵¹

Así las cosas, en la medida que no exista una disposición que restrinja la actuación de los gobernados, éstos pueden ejercer sus derechos subjetivos sin que resulte necesario que se encuentren expresamente permitidos por la Ley, pues ello implica que el Estado no consideró necesario que las libertades del gobernado se encontraran limitadas en su ejercicio.

Incluso, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que los gobernados no solo pueden realizar los actos que específicamente les sean autorizados, sino que nada más han de abstenerse de hacer lo prohibido por la ley y de sujetarse a los lineamientos trazados por ésta, en las hipótesis previstas por el legislador; consecuentemente, en aquellos casos en que la conducta del gobernado no haya sido normada en forma alguna por el Poder Legislativo, de manera que no pueda ser considerada prohibida ni válida únicamente cuando se ciñe a determinadas restricciones,

⁵¹ Burgoa, Ignacio. “Las garantías individuales”. Porrúa, México 2002 p. 306

su realización constituirá el ejercicio de un "derecho" emanado, precisamente, de la ausencia de una ley reguladora y tutelado por el orden jurídico, en cuanto éste, al dejar intacto el ámbito de libertad en que tal conducta es factible, tácitamente ha otorgado facultades para obrar discrecionalmente dentro del mismo.⁵²

En efecto, en aquellos casos en que la conducta del gobernado no haya sido regulada en forma alguna por el Poder Legislativo, su realización implicará el ejercicio de un derecho emanado de la ausencia de una ley reguladora que es tutelado por el orden jurídico, pues al dejar intacto el ámbito de libertad en que tal conducta se realiza, tácitamente ha otorgado facultades para obrar discrecionalmente dentro del mismo.

Esto es, la ausencia de normas limitadoras de la actividad del individuo, configura un derecho que debe ser respetado por cualquier persona, incluyendo a las autoridades y al propio legislador, cuya vigencia continuará hasta que surja una norma legislativa prohibitiva.

Así las cosas, es dable concluir que la ausencia de normas legislativas configura para el gobernado el derecho de obrar libremente, y que tal derecho también es tutelado por el orden jurídico, por lo que todo lo no prohibido por las normas legales ni sujeto a determinadas modalidades, le está por ellas permitido.

En estos términos, teniendo como base el principio de clausura, reconocido constitucionalmente en los artículos 1, 14 y 16 Constitucionales, en el sentido de que todo aquello que no esté prohibido para los gobernados se entenderá permitido, es posible afirmar que en la legislación mexicana, al no existir una regulación expresa sobre la procedencia o admisibilidad de la inmigración de sociedades al país, con continuidad de la personalidad jurídica, fue voluntad del legislador permitir dicha operación.

En este sentido, si bien la migración de una sociedad extranjera a nuestro país conservando su personalidad jurídica, no constituye una conducta que haya sido

⁵² Tesis de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro establece "Retroactividad en materia administrativa y fiscal". Sexta época, tercera parte. Volumen LXXX, página 39.

normada expresamente por el legislador, al no estar prohibida, su realización constituirá el ejercicio de un derecho emanado precisamente de la ausencia de ley reguladora, tutelado y permitido por el orden jurídico.

En esta tesitura, la ausencia de normas legislativas que regulen la migración de sociedades extranjeras a nuestro País conservando su personalidad jurídica, configura para el gobernado el derecho de obrar libremente efectuando tal migración, bajo el principio constitucional de que lo no prohibido por las normas legales, está permitido por las mismas.

Así las cosas, en términos del principio de voluntad de las partes y de libertad societaria, si el derecho del Estado de Delaware, como país de origen, permite la migración de la sociedad conservando su personalidad jurídica y, en México, como país de destino, no existe norma expresa que prohíba dicha libertad de establecimiento societario, es posible concluir que dicha operación se encuentra tácitamente permitida en nuestras leyes.

2. Figuras análogas

Un elemento adicional que corrobora la permisibilidad de la migración jurídica de sociedades extranjeras conservando su personalidad jurídica en la legislación mexicana, es el tratamiento legal otorgado a figuras análogas, como la fusión internacional de sociedades, para verificar si es voluntad del Estado permitir la inmigración de una sociedad extranjera conservando su personalidad.

En la legislación mexicana se encuentra permitida la fusión internacional de una sociedad extranjera con una mexicana, al prever en sus artículos 223 y 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles⁵³ que por virtud de dicha figura, la sociedad que

⁵³ Artículos 223 y 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Artículo 223. Los acuerdos sobre fusión se inscribirán en el Registro Público de Comercio y se publicarán en el Periódico Oficial del domicilio de las sociedades que hayan de fusionarse. Cada sociedad deberá publicar su último balance y aquella o aquellas que dejen de existir, deberán publicar, además, el sistema establecido para la extinción de su pasivo.

subsiste o la que resulte de la fusión toma a su cargo los derechos y las obligaciones de las sociedades extinguidas.

Conforme a la legislación mexicana podríamos hablar de dos clases de posibles fusiones internacionales de sociedades: a) la fusión *stricto sensu o por integración* y; b) la fusión *por incorporación*. La primera se suscita cuando dos o más sociedades acuerdan su disolución para fusionarse entre sí y formar otra distinta a ellas, y la segunda en la que subsiste una sociedad que incorpora el patrimonio de las demás que desaparecen.

Esto es, la legislación mexicana permite la posibilidad de realizar una fusión internacional de sociedades, en la que la sociedad mexicana subsistente tomaría a cargo los derechos, obligaciones y capital de la sociedad extranjera fusionada.⁵⁴

En este sentido, es factible concluir que el derecho mexicano permite la fusión internacional por incorporación en la que desaparece la sociedad extranjera del Estado de origen y subsiste la sociedad mexicana que incorpora sus activos, pasivos y capital, subsistiendo en su calidad de fusionante.

Expuesto lo anterior, bajo los parámetros del derecho mexicano y tomando como referente analógico la figura de la fusión internacional, es posible afirmar que resulta admisible migrar y nacionalizar a una empresa extranjera al Estado Mexicano, sin necesidad de disolverse en el Estado extranjero y constituirse *ex novo* en México, siempre que la ley del país de origen lo permita, tal y como sucede en el caso del Estado de Delaware.

Artículo 224. La fusión no podrá tener efecto sino tres meses después de haberse efectuado la inscripción prevenida en el artículo anterior. Durante dicho plazo, cualquier acreedor de las sociedades que se fusionan, podrá oponerse judicialmente en la vía sumaria, a la fusión, la que se suspenderá hasta que cause ejecutoria la sentencia que declare que la oposición es infundada. Transcurrido el plazo señalado sin que se haya formulado oposición, podrá llevarse a cabo la fusión, y la sociedad que subsista o la que resulte de la fusión, tomará a su cargo los derechos y las obligaciones de las sociedades extinguidas.

⁵⁴ La postura señalada parte de considerar la Teoría Contractualista de Fusión de Mario Ghindini, citada en la obra de Vásquez del Mercado Oscar, "Asambleas, fusión y liquidación de sociedades mercantiles", Editorial Porrúa, S.A., 4ª Edición, México, 1992, p.321.; Garcimartín Alferéz, Francisco, op. cit. pp. 100 y ss; González Martín, Nuria, "Lecciones de Derecho Internacional Privado Mexicano", Editorial Porrúa, S.A., México, 2008, p.520.

En términos de lo señalado, la ausencia de normas legislativas en cuanto a la regulación de la nacionalización de sociedades extranjeras conservando su personalidad jurídica en México, constituye una norma permisiva para el gobernado, el cual tendrá el derecho de obrar libremente efectuando tal domesticación, bajo el principio constitucional de que lo no prohibido por las normas legales está permitido por las mismas, lo cual se robustece al considerar que el legislador permite la fusión internacional de sociedades, figura afín a la migración internacional.

Es decir, sería absurdo afirmar que no es intención del legislador mexicano permitir la migración internacional de sociedades a México, siendo que se encuentra permitida una figura de efectos y consecuencias análogas a la migración, como lo es la fusión internacional de sociedades.

En estos términos, si bien es cierto que en la legislación mexicana no existe una regulación expresa sobre la procedencia o admisibilidad de la nacionalización con continuidad de la personalidad jurídica, ello no puede traducirse en que fue la voluntad del legislador no permitir dicha nacionalización, sino por el contrario, es posible concluir que en el caso existe una norma permisiva al no existir disposición expresa que prevea la prohibición de dicha nacionalización.

3. Cambio de nacionalidad

Aunado a lo anterior, el derecho de las personas morales extranjeras a transformarse conforme a la legislación de acuerdo a la cual se constituyó, es un principio de Derecho Internacional Privado aplicable en la mayoría de los países del mundo, incluyendo México, tal y como se ha demostrado previamente.

En la legislación mexicana se reconoce el derecho de las personas morales mexicanas a cambiar de nacionalidad, al establecer concretamente el artículo 182, fracción V de la Ley General de Sociedades Mercantiles que a través de una asamblea extraordinaria es posible tratar el asunto del cambio de nacionalidad de la sociedad.

En efecto, de conformidad con dicha disposición, existe la posibilidad de realizar el cambio de nacionalidad de las sociedades mercantiles mexicanas al extranjero, sin extinción de su personalidad jurídica.

En este sentido, es evidente que si fue intención del legislador permitir en el artículo 182, fracción V de la Ley General de Sociedades Mercantiles emigrar y cambiar la nacionalidad de una sociedad al extranjero, sin que ello implique su liquidación, ello debe aplicar recíprocamente para el caso de sociedades extranjeras que deseen inmigrar al país.

Incluso, dicha afirmación encuentra apoyo en el “*principio de no discriminación*” que en derecho internacional privado pretende impedir el otorgamiento de un tratamiento diferente a dos situaciones similares, entre nacionales y extranjeros.

La no discriminación se ha aceptado por los Estados miembros del G.A.T.T., hoy O.M.C., a condición de reciprocidad, a modo de cláusula que cualquier país puede rechazar si el otro Estado incumple dicha regla y autoriza un trato desigual entre nacionales y extranjeros.⁵⁵

En materia fiscal, México firmó el Convenio para Evitar la Doble Tributación y Evasión Fiscal celebrado entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de Norteamérica, en cuyo artículo 25 se prevé el principio de reciprocidad o de no discriminación, conforme al cual, los nacionales de un Estado Contratante no serán sujetos a una obligación fiscal o contribución en el otro Estado Contratante a la que no estén sujetos los nacionales de este otro Estado Contratante o que, en su caso, estén sujetos de una forma menos gravosa, en el caso de que ambos nacionales se encuentren en las mismas condiciones.

⁵⁵ De Arespacochaga, J., “Planificación Fiscal Internacional”, 2ª Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 394-395.

En efecto, en términos del principio de no discriminación, el nacional de uno de los Estados Contratantes no obtenga un trato fiscal diferenciado respecto de un nacional del otro Estado, siempre que ambos se encuentren en las mismas condiciones.

En esta tesitura, si de conformidad con el artículo 182, fracción V de la Ley General de Sociedades Mercantiles, es factible emigrar a una persona moral mexicana al extranjero cambiando su nacionalidad y conservando su personalidad jurídica, por principio de reciprocidad en materia internacional, debe dársele el mismo trato a una sociedad extranjera que pretenda cambiar su nacionalidad a México conservando su personalidad jurídica en aras del principio de derecho internacional denominado “*principio de no discriminación.*”

Máxime, que tal y como ha quedado previamente analizado, si en la legislación mercantil y, en general, en el derecho positivo mexicano, no existe una disposición expresa por parte del legislador para regular la hipótesis normativa concerniente a la migración de una sociedad extranjera a México cambiando su nacionalidad y conservando su personalidad jurídica, debe entenderse su permisibilidad en aplicación de los artículos 1, 14 y 16 Constitucionales.

Hasta lo aquí expuesto, es de señalarse que para permitir la nacionalización en México de una sociedad extranjera conservando su personalidad jurídica, debemos atender tanto a la legislación del estado de origen como a legislación del estado destino.

Así, debe hacerse referencia al derecho del país de origen de la sociedad, y corroborar si su legislación permite realizar el cambio de nacionalidad preservando su personalidad jurídica.

Por otra parte, tratándose del derecho mexicano, esto es, del derecho del Estado destino, como hemos señalado, la legislación mexicana no prohíbe la nacionalización de sociedades, por lo que de conformidad con el principio general de derecho de que todo lo no prohibido está permitido, dicha nacionalización es perfectamente posible al amparo de la legislación mexicana.

Como se ha demostrado, para realizar la migración de una sociedad de un país a otro sin que se extinga su personalidad, es necesario atender al derecho del país donde se constituyó la sociedad, el cual debe prever la posibilidad de que dicha sociedad se transfiera y, al derecho del país de destino, el cual permita expresamente la nacionalización de la sociedad, o bien, que lo permita tácitamente, al no efectuar ninguna prohibición.

De lo anterior, claramente se puede advertir que la legislación mexicana no prohíbe la adopción de la nacionalidad mexicana a una empresa extranjera, sino que por el contrario, al no encontrarse regulada dicha figura, es evidente que se permite su ejercicio libremente.

4. Conservación de la personalidad jurídica

Con independencia de que ha quedado previamente demostrado que una sociedad proveniente del Estado de Delaware, migrada a nuestro País, conserva intacta su personalidad jurídica, con todos sus atributos, derechos y obligaciones, ello se soporta aún más si se toma en consideración que de conformidad con la ley mexicana, la única forma para que una sociedad pierda su personalidad jurídica es mediante su disolución, para lo cual, resulta indispensable cumplir los requisitos previstos por la ley para tal efecto.

Al respecto, el artículo 229 de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala que las sociedades mercantiles se disuelven por diversas razones, mismas que se señalan a continuación:

- a. Por expiración del término fijado en el contrato social.
- b. Por imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad o por quedar éste consumado.

- c. Por acuerdo de los socios tomado de conformidad con el contrato social y con la Ley.
- d. Porque el número de accionistas llegue a ser inferior al mínimo que la Ley establece.
- e. Porque las partes de interés se reúnan en una sola persona.
- f. Por la pérdida de las dos terceras partes del capital social.

De lo anterior, es posible advertir que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 229 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, las razones por las que se decreta la disolución de una sociedad son de dos tipos, a saber, convencionales y legales.

Las primeras se refieren a cuando por voluntad o acuerdo de los socios se decide extinguir una sociedad, mientras que las segundas se actualizan cuando por ministerio de ley se da alguna hipótesis de disolución.

Al respecto, cabe precisar que en las hipótesis de disolución de sociedades mercantiles previstas en la Ley General de Sociedades Mercantiles, no se encuentra prevista ninguna causal referente a que por virtud del cambio de nacionalidad de una sociedad, ésta deba *ipso facto* extinguirse.

En efecto, en el caso en análisis, al no existir acuerdo de los socios de la sociedad migrada a nuestro País para extinguir a la sociedad, y al no preverse en la Ley dicho supuesto normativo de extinción de la sociedad, no es jurídicamente viable concluir que ésta podría perder su personalidad o extinguirse con motivo de dicha migración.

Lo anterior, pues como se ha señalado, para que hubiera disolución de la persona moral mexicana se requiere que ello haya sido acordado por los socios en una asamblea, o bien, encontrarse en los supuestos previstos por la ley para tal efecto.

En esta tesitura, sería inadmisibile concluir que en caso de que una persona moral migre a México y cambie su nacionalidad, necesariamente se extinga o disuelva, pues como se ha demostrado, la Ley General de Sociedades Mercantiles no establece dicho supuesto de disolución.

A mayor abundamiento, resulta conveniente citar a Roberto L. Mantilla Molina⁵⁶, quien en su obra titulada “Derecho Mercantil”, señala lo siguiente respecto a la transformación de sociedades, caso análogo al que nos ocupa:

“La transformación deja subsistente la personalidad moral de la sociedad, es decir, no hay extinción de una persona y creación de otra, lo que implicaría una transmisión de bienes y derechos que tendría repercusiones de índole fiscal y la extinción de aquellos derechos que no fuesen cesibles.”

Como se advierte, la transformación de una sociedad implica la modificación de su tipo social, sin que exista extinción o creación de persona alguna; supuesto que guarda analogía esencial con el caso en estudio.

Así las cosas, la migración y el consecuente cambio de nacionalidad de una LLC proveniente del Estado de Delaware, en ningún caso puede interpretarse como la extinción de su personalidad y, menos aún, debe negarse su continuidad como persona jurídica, ahora constituida conforme a las leyes mexicanas.

En palabras del doctrinario Jorge Barrera Graf, *“en el caso de cambio de nacionalidad de una extranjera en otra mexicana, y en el caso de transformación de un tipo de sociedad en otro distinto (art. 228 LGSM), en cuanto que, a pesar de que en ambos casos subsistan los mismos socios, y por ende, la misma personalidad moral, la nueva sociedad estaría regida por un esquema y por principios legales distintos; sin embargo, en cuanto que en ambos casos subsiste la sociedad originaria (la extranjera, o la que*

⁵⁶ Mantilla Molina, Roberto, “Derecho Mercantil”, Editorial Porrúa, México 2002, p. 258.

adoptó un nuevo tipo social), no es admisible que pueda hablarse de constitución, en el mismo sentido que en los demás casos.”⁵⁷

Así, no puede considerarse que el hecho de que una sociedad migre al País y, por ello, se rija bajo un nuevo esquema y por principios legales distintos, implique la constitución de una nueva sociedad, en virtud de que subsisten los socios y no se extinguió una sociedad y se creó otra, sino que, por el contrario, subsiste la personalidad de dicha persona moral, con todos sus atributos.

⁵⁷ Barrera Graf, Jorge, “Instituciones de Derecho Mercantil”, Editorial Porrúa, México 2005, p.325.

CAPÍTULO VII

CONSERVACIÓN Y AMORTIZACIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES CON POSTERIORIDAD A LA MIGRACIÓN

1. Conservación del derecho

Tal y como se ha analizado, el contribuyente tiene el derecho constitucional de disminuir de sus ingresos acumulables las erogaciones que sean estrictamente indispensables para el desarrollo de su actividad (deducciones), pues ello es la única manera de reconocer su verdadera capacidad contributiva, en aras de respetar el principio de proporcionalidad tributaria previsto en el artículo 31, fracción IV de la Constitución Federal.

Ahora bien, las pérdidas fiscales derivan de la diferencia entre los ingresos acumulables del ejercicio y las deducciones autorizadas por la Ley, cuando el monto de estas últimas sea mayor que los ingresos; es decir, las pérdidas fiscales se integran por las deducciones autorizadas que el contribuyente no pudo disminuir de sus ingresos acumulables en un ejercicio determinado, por no haber contado con ingresos en dicho ejercicio, o bien, por que éstos fueron insuficientes.

En estos términos, si las pérdidas fiscales no son otra cosa que las deducciones (gastos estrictamente indispensables) que el contribuyente se vio obligado a efectuar y que, sin embargo, no pudo disminuir en un ejercicio por no haber contado con ingresos acumulables suficientes para ello, a efecto de respetar la verdadera capacidad contributiva del causante del impuesto, es necesario reconocer las erogaciones efectuadas en el legítimo desarrollo de su actividad y, por el mismo motivo, deberá reconocerse el derecho a disminuir las pérdidas fiscales cuando se genere una utilidad susceptible de recibir dicha disminución.

Ello es así, pues los ingresos acumulables de ejercicios posteriores a aquél en que se generó la pérdida fiscal, derivan precisamente de la actividad y operación que fue

posible realizar mediante las erogaciones realizadas con anterioridad y que, en su momento, no pudieron ser deducidas.

En estos términos, las pérdidas fiscales participan del mismo origen que las deducciones, pues ambas se integran por las erogaciones estrictamente indispensables efectuadas por el contribuyente con la finalidad de llevar a cabo su actividad y operación, a fin de generar ingresos gravados por el impuesto sobre la renta.

Derivado de lo anterior, es posible concluir que la deducción de erogaciones en el propio ejercicio fiscal que el Estado autorizado, o bien, la amortización de las pérdidas fiscales en ejercicios posteriores que deriven de las mismas, constituye un derecho del contribuyente que forma parte integrante de su patrimonio, atributo propio de la personalidad jurídica del propio contribuyente.

Ahora bien, como se ha demostrado, en términos del principio de clausura, reconocido constitucionalmente en los artículos 1, 14 y 16 Constitucionales, todo aquello que no esté prohibido para los gobernados se entenderá permitido, por lo cual, derivado de que en la legislación mexicana no existe una regulación expresa sobre la procedencia o admisibilidad de la inmigración de sociedades al país, con continuidad de la personalidad jurídica, es posible concluir que fue voluntad del legislador permitir dicha operación.

En efecto, si bien la migración de una sociedad extranjera a nuestro país conservando su personalidad jurídica, no constituye una conducta que haya sido normada expresamente por el legislador, al no estar prohibida, su realización constituirá el ejercicio de un derecho emanado precisamente de la ausencia de ley reguladora, tutelado y permitido por el orden jurídico.

Por ello, en términos del principio de voluntad de las partes y de libertad societaria, si el derecho del Estado de Delaware, como país de origen, permite la migración de la sociedad conservando su personalidad jurídica y, en México, como país de destino, no existe norma expresa que prohíba dicha libertad de establecimiento societario, es

posible concluir que dicha operación se encuentra tácitamente permitida en nuestras leyes.

Derivado de lo anterior, es claro que ante la migración internacional de una LLC proveniente del Estado de Delaware a nuestro país, permanecería intacta la personalidad jurídica de dicha sociedad, con todos los atributos inherentes a la misma, incluyendo el patrimonio dentro del cual se encuentra el derecho a amortizar las pérdidas fiscales sufridas en ejercicios anteriores contra la utilidad fiscal de los diez ejercicios siguientes, siempre y cuando éstas deriven de deducciones autorizadas también por la ley mexicana.

Ello, toda vez que no existe disposición legal alguna en México que prohíba expresamente realizar la amortización de dichas pérdidas fiscales y, por ende, ésta deberá considerarse permitida para cualquier efecto en el país, siempre y cuando éstas tengan su origen en deducciones autorizadas por la ley de nuestro País y se cumplan los requisitos y condiciones que para tal efecto se establecen en la Ley del Impuesto sobre la Renta.

2. Principio de no discriminación

Máxime, que permitir a una sociedad nacional llevar a cabo dicha amortización de pérdidas fiscales sufridas en ejercicios anteriores, en contra de la utilidad de ejercicios posteriores, y no así, a una sociedad que sea producto de una migración internacional, sería violatorio del principio de no discriminación previsto en el artículo 25 del Convenio para Evitar la Doble Tributación y Evasión Fiscal celebrado entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de Norteamérica.

En efecto, en dicha disposición se prevé el principio de reciprocidad o de no discriminación, conforme al cual, los nacionales de un Estado Contratante no serán sujetos a una obligación fiscal o contribución en el otro Estado Contratante a la que no estén sujetos los nacionales de este otro Estado Contratante o que, en su caso, estén sujetos de una forma menos gravosa, en el caso de que ambos nacionales se encuentren en las mismas condiciones.

Así, en términos del principio de no discriminación, el nacional de uno de los Estados Contratantes no obtenga un trato fiscal diferenciado respecto de un nacional del otro Estado, siempre que ambos se encuentren en las mismas condiciones.

En esta tesitura, si el Gobierno Mexicano permitiera a una sociedad nacional que no deriva de una migración internacional la amortización de pérdidas de ejercicios anteriores y, en contraparte, rechazara dicha amortización en el caso de una LLC proveniente del Estado de Delaware migrada a nuestro país, siendo que en ambos casos dichas pérdidas derivan de deducciones autorizadas en México, implicaría una clara violación al principio de no discriminación en comento.

CONCLUSIONES

La amortización de pérdidas fiscales sufridas por un contribuyente es un derecho reconocido constitucionalmente en el artículo 31, fracción IV de nuestra Constitución Federal, ya que al participar del mismo origen de las deducciones, su reconocimiento es la única vía para respetar su verdadera capacidad contributiva.

Lo anterior es así, toda vez que dichas pérdidas fiscales (previamente deducciones), no son otra cosa que las erogaciones legítimamente efectuadas en el desarrollo de la actividad que genera ingresos acumulables para efectos del impuesto sobre la renta; ingresos que incluso podrían haberse generado hasta después de la migración a México y, por ende, que únicamente pagaron impuestos en nuestro País.

En estos términos, partiendo de la indiscutible base de que los derechos forman parte del patrimonio de una sociedad y que dicho patrimonio es un atributo inherente a la personalidad jurídica de la misma, es claro que tales derechos permanecerán intactos en tanto así se conserve dicha personalidad.

Así, en el caso se ha demostrado que la migración internacional de una LLC proveniente del Estado de Delaware a nuestro país, al encontrarse permitida expresamente por el Estado de origen y no encontrarse prohibida por la legislación mexicana, constituye una operación jurídicamente viable, sin que ello implique modificación alguna y, mucho menos, la extinción, de la personalidad jurídica de dicha sociedad o de los atributos inherentes a la misma.

Derivado de lo anterior, es claro que en el caso en estudio no existe impedimento alguno para concluir que las pérdidas generadas en un país extranjero que deriven de deducciones autorizadas también en México, como un derecho que integra el patrimonio de la sociedad que las generó, puedan ser conservadas por la sociedad migrada a México, e incluso, para amortizarlas en contra de sus ingresos, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por la ley para tal efecto.

Así las cosas, ha quedado demostrada la hipótesis de que una sociedad mexicana, producto de una migración internacional proveniente del Estado de Delaware, Estados Unidos de América, puede legítimamente conservar y amortizar en México las pérdidas fiscales sufridas en su país de origen, siempre y cuando éstas deriven de deducciones autorizadas también en nuestro País.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

1. Arenas, García, “La lex societatis en el Derecho de las sociedades internacionales, Derecho de los Negocios”, N°70.
2. Barrera Graf, Jorge, “Instituciones de Derecho Mercantil”, Editorial Porrúa, México 2005.
3. Batiffol, Henri, “Aspects Philosophiques du Droit International Privé”, Dalloz, París, 1956.
4. Bechtel, “Behrens, Der Duchgriff über die Grenze”, Rabels
5. Blanco Morales, “La Transferencia internacional de sede social”, 1997.
6. Bobbio Norberto, “El Problema del positivismo Jurídico”, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1979.
7. Burgoa, Ignacio, “Las garantías individuales”. Porrúa, México 2002.
8. Calvo Caravaca, Carascosa, “Derecho Internacional Privado II”, 3ª Edición, 2001.
9. Calvo Nicolau, Enrique, “Estudio de la Ley del Impuesto sobre la Renta”, Editorial Themis, México.
10. Contreras Vaca, Francisco José, “Derecho Internacional Privado”, parte especial, Oxford University Press, 2ª Edición, México 2006.
11. Corte Internacional de Justicia, Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, “Reporte sobre la Nacionalidad”, Cuarta Sesión, Génova 1952.

12. De Arespachoga, J., “Planificación Fiscal Internacional”, 2ª Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1998.
13. Del Vecchio, Giorgio, “Filosofía del Derecho”.
14. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, “Derecho Civil; parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez”, Editorial Porrúa, México 1990.
15. Fernández del Pozo, “Transferencia internacional de sede social”, R.G.D., N° 591, 1993.
16. Garcimartín Alférez, Francisco, “Derecho de Sociedades: Problemas de Ley Aplicable”, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad Castilla-La Mancha.
17. Helguera, Enrique, “La Nacionalidad de las Sociedades Mercantiles”, Editorial Ocampo, México 1953.
18. Hoffman, Neue, “Möglichkeiten zur identitätswaherenden Sitzverlegung in Europa?”, ZHR, 2000.
19. Hudson, Manley O., “The World Court 1921-1934”, Boston, Edit. World Peace Foundation, 1934.
20. Goenechea, Juan Miguel y Gracia, Cristina, Artículo “Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales”.
21. González Martín, Nuria, “Lecciones de Derecho Internacional Privado Mexicano”, Editorial Porrúa, S.A., México, 2008.
22. Kelsen, Hans, “La teoría pura del derecho”, Editorial Época, México 2001.

23. Larenz, Canaris, “Methodenlehre der Rechtswissenschaft”, 3ª Edición, 1995.
24. López Padilla, Agustín, “Exposición Práctica y Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta”, Dofiscal Editores, México 2012.
25. Mantilla Molina, Roberto, “Derecho Mercantil”, Editorial Porrúa, México 2002.
26. Nibuyet, Juan Paulino, “Principios de Derecho Internacional Privado”, Editorial Nacional, México 1974.
27. Pereznieto, Castro Leonel, “Derecho Internacional Privado. Parte Especial”.
28. PerezNiето, Leonel, “Introducción al Derecho Internacional Privado”, Novena Edición, Editorial Oxford.
29. Pérez, Vera, “Artículo 9.11”, en la Reforma del Título Preliminar del Código Civil, 1977.
30. Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Las Garantías de Seguridad Jurídica”, Colección Garantías Individuales, 2ª Edición, México, 2005.
31. Porrúa Pérez, Francisco, “Teoría del Estado”, Editorial Porrúa, 38ª Edición, México 2004.
32. Rodríguez Rodríguez, Joaquín, “Tratado de Sociedades Mercantiles”, Editorial Porrúa, 23ª Edición, México 2003.
33. Sánchez, Calero, La nacionalidad de la sociedad anónima, RdS, 1, 1993.
34. Vásquez del Mercado Oscar, “Asambleas, fusión y liquidación de sociedades mercantiles”, Editorial Porrúa, S.A., 4ª Edición, México, 1992.

Precedentes judiciales mexicanos

35. Tesis emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Renta. Interpretación del término estrictamente indispensables a que se refiere el artículo 31, fracción I, de la Ley del impuesto relativo”.
36. Tesis de jurisprudencia 15/2011 emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Deducciones estructurales y no estructurales. Razones que pueden justificar su incorporación en el diseño normativo del cálculo del impuesto sobre la renta”.
37. Tesis de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Retroactividad en materia administrativa y fiscal”.
38. Tesis emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Renta. Que debe entenderse por ingreso para efectos del Título II de la Ley del Impuesto relativo”.

Precedentes judiciales internacionales

39. “Caso Nottebohm, Liechtenstein vs. Guatemala”. Corte Internacional de Justicia, sentencia sobre el fondo (6 de abril, 1955). CIJ Recueil, 1955.
40. Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, “Resolución del 27 de septiembre de 1988 emitida en el asunto 81/87, The Queen/Treasury and Commissioners of Inland Revenue-ex parte Dailey Mail and General Trust PLC”.
41. Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, “Resolución del 16 de diciembre de 2008, asunto C210/06, Cartesio.”
42. Caso Amco Asia Corp., “Pan American Development Ltd. y PT Amco Indonesia vs. la República de Indonesia”, CIADI No. ARB/81/1, pp. 104-105 (10 de mayo, 1988).

ÍNDICE

<u>INTRODUCCIÓN.....</u>	<u>2</u>
<u>CAPÍTULO I.</u>	
<u>ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS PÉRDIDAS FISCALES.....</u>	<u>4</u>
<u>1. Régimen general del impuesto sobre la renta</u>	
<u>2. Regulación legal de las pérdidas fiscales</u>	
<u>CAPÍTULO II.</u>	
<u>MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LA FIGURA</u>	
<u>DE LA MIGRACIÓN SOCIETARIA.....</u>	<u>11</u>
<u>1. Análisis del concepto de personalidad</u>	
<u>2. Análisis del concepto de nacionalidad</u>	
<u>3. Migración internacional</u>	
<u>CAPÍTULO III.</u>	
<u>DERECHO COMPARADO.....</u>	<u>25</u>
<u>1. Comunidad Europea</u>	
<u>2. Derecho Positivo Español</u>	
<u>CAPÍTULO IV.</u>	
<u>RESOLUCIONES JUDICIALES INTERNACIONALES.....</u>	<u>29</u>
<u>1. Caso Daily Mail and General Trust</u>	
<u>2. Caso Cartesio</u>	

3. Caso Amco Asia Corp

CAPÍTULO V.

APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DEL

ESTADO DE DELAWARE (EUA).....34

1. Determinación de la ley aplicable

2. Legislación del Estado de Delaware

CAPÍTULO VI.

REGULACIÓN DE LA MIGRACIÓN INTERNACIONAL

EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.....45

1. Admisibilidad de la migración internacional

2. Figuras análogas

3. Cambio de nacionalidad

4. Conservación de la personalidad jurídica

CAPÍTULO VII.

CONSERVACIÓN Y AMORTIZACIÓN DE PÉRDIDAS

FISCALES CON POSTERIORIDAD A LA MIGRACIÓN.....58

1. Conservación del derecho

2. Principio de no discriminación

CONCLUSIONES.....62

BIBLIOGRAFÍA.....64

Si

*Si puedes estar firme cuando en tu derredor
todo el mundo se ofusca y tacha tu entereza;
si cuando dudan todos, fías en tu valor
y al mismo tiempo sabes excusar su flaqueza;
si puedes esperar y a tu afán poner brida,
o blanco de mentiras esgrimir la verdad,
o siendo odiado al odio no dejarle cabida
y ni ensalzas tu juicio ni ostentas tu bondad;*

*Si sueñas pero el sueño no se vuelve tu rey;
si piensas y el pensar no mengua tus ardores;
si el triunfo o el desastre no te imponen su ley
y los tratas lo mismo, como a dos impostores;
si puedes soportar que tu frase sincera
sea trampa de necios en boca de malvados,
o mirar hecha trisas tu adorada quimera
y tornar a forjarla con útiles mellados;
si puedes mantener en la ruda pelea
alerta el pensamiento y el músculo tirante
para emplearlos cuando en ti todo flaquea
menos la voluntad que te dice adelante.*

*Si entre la turba das a la virtud abrigo:
si marchando con reyes del orgullo has triunfado;
si no pueden herirte ni amigo ni enemigo;
si eres bueno con todos, pero no demasiado,
si puedes llenar los preciosos minutos
con sesenta segundos de combate bravío,
tuya es la Tierra y todos sus codiciados frutos,
y lo que más importa: iserás hombre, hijo mío!*

Rudyard Kipling