

**LA SOCIEDAD COMERCIAL
IN FRAUDE LEGIS Y EL DERECHO
DE ESTABLECIMIENTO.
EL PROCESO DE INTEGRACIÓN
REGIONAL**

MARIO GUSTAVO CARRIZO ADRIS

PONENCIA

En un espacio económico integrado los ciudadanos de los Estados partes, en el ejercicio del derecho de establecimiento, pueden elegir el Estado donde constituir una sociedad para luego trasladar la sede (derecho de establecimiento principal), establecer sucursal o agencia, o desarrollar el objeto social en otro estado miembro (derecho de establecimiento secundario), sin que ello configure un ejercicio abusivo del derecho de establecimiento. Los Estados miembros no pueden limitar esta libertad fundamental con medidas legales fundadas en el argumento que tal accionar constituye un fraude a la ley.

FUNDAMENTOS

El Derecho de Establecimiento es una manifestación de la libre circulación de personas, la cual junto con la libre circulación de bienes, servicios y capitales son las libertades fundamentales de todo proceso de integración regional¹.

Este derecho implica que todo residente (persona física o jurídica) de un Estado miembro de un mercado común tiene derecho de establecer su sede principal o secundaria en el territorio de otro Estado miembro distinto a su Estado de origen bajo las mismas condiciones que los nacionales del Estado miembro receptor².

Las personas jurídicas, asimiladas a las personas físicas³, para gozar este derecho, deberán:

1. Estar constituidas según el derecho de un Estado miembro.
2. Tener la sede estatutaria, la administración central (sede real) o el establecimiento principal en alguno de los Estados partes.

En el caso de las sociedades comerciales el derecho de establecimiento supone la posibilidad de:

- a) La creación de una nueva sociedad o transferencia de la administración central y el control de la sociedad⁴, del Estado miembro de origen a otro Estado miembro.
- b) La apertura de agencias o sucursales o la creación de sociedades filiales⁵.

En este contexto, un ciudadano de un estado miembro al crear una sociedad podrá elegir constituirla en otro estado miembro cuyas normas de derecho de sociedades le parezcan menos rigurosas y abrir sucursales en otros estados miembros sin que ello constituya por sí

¹ Tratado para la constitución de un mercado común (Tratado de Asunción), art. 1. Tratado de la Comunidad Europea (TCE), art. 43 (ex art. 52) par. 2do.

² Yvon Loussouarn, *Le droit d'établissement des sociétés*, "RTD eur.", Vol: 26, No. 2, abril - junio de 1990, Sirey - Dalloz, Paris, p. 231.

³ TCE, art. 48 (ex 58).

⁴ Opinión del Abogado General Darmon en el Caso Daily Mail (*The Queen v HM Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc., reference for a preliminary ruling: High Court of Justice, Queen's Bench Division - United Kingdom*), pár. 4 *in fine*.

⁵ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), Caso 205/84, *Comisión de las Comunidades Europeas v la República Federal de Alemania*, [1986] E.C.R. 3755.

solo un ejercicio abusivo del derecho de establecimiento⁶. El derecho a constituir una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro y a crear sucursales en otros estados miembros es inherente al ejercicio, dentro de un mercado único, del derecho *de* establecimiento⁷.

Los estados miembros pueden protegerse del ejercicio abusivo del derecho de establecimiento adoptando las medidas apropiadas para prevenir o castigar el fraude⁸. Sin embargo, estas medidas no pueden afectar el fundamento del derecho de establecimiento⁹.

En este sentido el art. 124 de la Ley de Sociedades comerciales argentina cuando se aplica a sociedades constituidas con arreglo a alguno de los ordenamientos jurídicos de los Estados partes del MERCOSUR configura un obstáculo a la integración regional ya que nada obsta a que los ciudadanos de un estado parte constituyan una sociedad en otro estado parte para luego desarrollar el objeto principal de la sociedad en su país de origen, en este caso Argentina o bien trasladen a este país su sede. En igual sentido la Resolución General 8/2003¹⁰ de la Inspección General de Justicia constituye una restricción en desmedro de la libre circulación de personas, que en el caso de las sociedades comerciales afecta el derecho de establecimiento principal y secundario¹¹.

⁶ TJCE, Caso C 212/97, *Centros Ltd. vs. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, [1999] E.C.R. I-1459.

⁷ TJCE, Caso C 212/97, *Centros*, [1999] E.C.R. I-1459, pár. 27.

⁸ Sancho Villa, Diana, *La transferencia de la sede social en el espacio europeo*, Fundación Centro de Estudios Comerciales, Madrid, 2001, p. 308.

⁹ TJCE, Caso C 212/97, *Centros*, [1999] E.C.R. I-1459.

¹⁰ BO del 22 de octubre de 2003, p. 7.

¹¹ En este sentido ver TJCE, Caso C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd*, de 30 de septiembre de 2003.