



El Traslado Internacional del Domicilio Social^(*)^(**)

The International Transfer of the Registered Office

José Antonio Payet Puccio^(*)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

*Welcome to the Hotel California
Such a lovely place (such a lovely place) (...)
You can check-out any time you like,
But you can never leave!
(The Eagles, Hotel California, 1976)*

Resumen: En el presente artículo, el autor desarrolla la compleja figura del traslado internacional del domicilio social. Para ello, nos explica, primero, algunos conceptos preliminares respecto al derecho aplicable a nivel internacional y nacional de la denominada redomiciliación internacional y sus elementos integrales. Después de ello, el autor analiza las implicancias y razones que llevan a impulsar a una transformación transfronteriza de sociedades, así como, también, el tratamiento legal que esta recibe en el derecho de la Unión Europea. Finalmente, esto lleva al autor a desarrollar un vasto análisis de derecho comparado entre el mencionado régimen y el peruano, donde abunda el examen de la jurisprudencia europea respecto a esta figura.

Palabras Clave: Derecho Societario - Traslado internacional - Domicilio social extranjero - Ley General de Sociedades - Transformación transfronteriza

Abstract: In this article, the author develops the complex figure of the international transfer of the corporate domicile. For this purpose, he explains, first, some preliminary concepts regarding the applicable law at the international and national level of the so-called international redomiciliation and its integral elements. After that, the author analyzes the implications and reasons that lead to a cross-border transformation of companies, as well as the legal treatment it receives in the law of the European Union. Finally, this leads the author to develop a vast comparative law analysis between the mentioned regime and the Peruvian one, where the examination of the European jurisprudence regarding this figure abounds.

Keywords: Corporate Law - International transfer - Foreign corporate domicile - General Corporate Law - Cross-border transformation

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 2 de mayo de 2022 y su publicación fue aprobada el 30 de mayo de 2022.

(**) El autor agradece los aportes de los doctores Samuel Véliz y Augusto Danon en la elaboración de este artículo.

(***) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Master of Laws (LL.M.) por la Universidad de Harvard. Profesor de Derecho de Sociedades en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Experto en Derecho comercial general, fusiones y adquisiciones y transacciones financieras. Socio Fundador del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados. ORCID: <https://orcid.org/000-001-5558-3053>. Correo electrónico: jpayet@pucep.edu.pe.



1. Introducción

El traslado internacional del domicilio social, redomiciliación internacional o transformación transfronteriza, es la operación a través de la cual una sociedad cuyo domicilio social está ubicado en un determinado Estado -y que consiguientemente está sujeta a la *lex societatis* de dicho Estado- pasa a establecer su domicilio social en otro Estado y consiguientemente pasa a estar sujeta a la *lex societatis* de este segundo Estado, todo ello sin perder su personalidad jurídica y sin necesidad de ser disuelta o liquidada o ser absorbida por otra sociedad.

Existen múltiples razones por las cuales una sociedad puede buscar cambiar el lugar de su domicilio social, desde razones netamente empresariales, como adecuar su domicilio estatutario a un nuevo Estado al que ha trasladado su sede administrativa o sus operaciones principales, hasta buscar un mejor régimen de protección internacional para las inversiones realizadas en determinados países, pasando por buscar una jurisdicción con un mejor Derecho de Sociedades.

Existen varias formas para realizar ese traslado. La sociedad podría crear una nueva sociedad en la jurisdicción de destino y luego fusionarse con esta, siendo absorbida por la sociedad de la nueva jurisdicción. En caso de que no exista un marco normativo en el caso concreto que habilite una fusión internacional, los accionistas de la sociedad podrían crear la sociedad en la nueva jurisdicción y transferir a su favor por aporte o compraventa las acciones de la sociedad primigenia, que quedaría como subsidiaria de la primera. Y, puestos a pensar, los abogados corporativos seguramente diseñarían muchas otras formas para lograr el resultado deseado.

Sin embargo, alternativas como estas u otras similares son costosas y complejas, sobre todo porque implican la creación de una nueva persona jurídica o la transferencia de bienes, derechos y obligaciones de la sociedad primigenia. Como lo expresó recientemente The City of London Law Society al responder la consulta hecha por el Gobierno del Reino Unido sobre la conveniencia de establecer un régimen de redomiciliación internacional en dicha jurisdicción, un sistema que permita la migración de compañías desde y hacia una jurisdicción es un elemento importante en su competitividad internacional pues reduce los costos de transacción:

Es mucho más atractivo poder mover el domicilio social al Reino Unido, y es mucho más probable que esto preserve las relaciones existentes de la compañía y que reduzca o evite la necesidad de aplicar nuevamente por licencias o aprobaciones regulatorias (The City of London Law Society, 2022, p. 3).

La redomiciliación internacional de sociedades es una operación relativamente compleja, pues implica la interacción de dos Derechos nacionales: el del Estado de origen de la sociedad y el del Estado de destino. En este sentido, no es meramente un cambio en la sede real en la que la sociedad

desarrolla sus actividades principales o tiene su dirección corporativa, sino que implica el cambio, netamente jurídico, del domicilio estatutario. Y no es simplemente un cambio de domicilio en una jurisdicción, sino que implica el traslado del domicilio social de un Estado a otro. Por esta razón, la operación implica un cambio en la ley aplicable a la sociedad (*lex societatis*), que pasa de estar regida por la ley del Estado de origen a la ley del Estado de destino. Ello supone la necesidad de experimentar una transformación al momento de efectuar el cambio, ya que la sociedad debe adaptarse y elegir alguna de las formas societarias disponibles en el sistema jurídico del nuevo Estado. Es por esta razón que la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (la “Directiva (UE) 2019/2121”) denomina a esta operación como “transformación transfronteriza”.

En el presente artículo haré una primera aproximación a esta compleja operación que es la transformación transfronteriza o redomiciliación internacional. Para ello me referiré en primer lugar a algunos conceptos previos, cuya exposición creo que es necesaria para un mejor entendimiento de lo que significa la operación objeto de análisis: el Derecho aplicable a la sociedad (*lex societatis*) y el reconocimiento internacional de las sociedades. Seguidamente, explicaré en qué consiste una redomiciliación internacional de una sociedad y cuáles son los elementos configuradores de esta operación. Hablaré luego de las razones que con frecuencia impulsan este tipo de operaciones, sean de negocio o legales. Finalmente, me referiré al tratamiento de las transformaciones transfronterizas en el Derecho de la Unión Europea y al tratamiento de esta operación en el Derecho peruano.

2. Conceptos Preliminares

2.1. La Ley Aplicable y el Reconocimiento Internacional de las Sociedades

Las sociedades son los vehículos por excelencia de la actividad empresarial a gran



escala. La gran mayoría de las empresas más grandes del mundo se organizan bajo la forma de sociedades anónimas o corporaciones y sus actividades se extienden a nivel global, cruzando las fronteras nacionales.

La internacionalización de la actividad empresarial plantea importantes retos desde el punto de vista del Derecho de Sociedades. A pesar de la extensión internacional de sus actividades, las sociedades son entidades jurídicas nacionales, en tanto deben su existencia legal a un marco jurídico nacional en particular. Ello porque la adquisición de la personalidad jurídica por una sociedad es normalmente producto de disposiciones legales nacionales. Como se señala en un estudio de la Unión Europea realizado en 2016 respecto de la ley aplicable a las sociedades, incluso en Europa, donde el Derecho de Sociedades ha sido objeto de importantes esfuerzos de armonización, “las sociedades son criaturas del sistema jurídico, y a pesar de algún nivel de armonización parcial a nivel europeo, las compañías en la Unión Europea son en la mayor parte criaturas de la ley nacional” (Unión Europea, 2016, p. 26).

Las cuestiones de la ley aplicable a la persona jurídica y el reconocimiento de capacidad jurídica a una persona jurídica que actúa en una jurisdicción distinta a la de su incorporación o domicilio es una cuestión fundamental en el Derecho Internacional Privado. ¿Si la persona jurídica de derecho privado es una ficción legal cuya existencia misma deriva del reconocimiento de una autoridad nacional, por qué tendría capacidad para actuar como tal fuera de esa jurisdicción? Y en tal caso, ¿podría la jurisdicción donde actúa la persona jurídica pretender que su derecho de sociedades se aplique a la persona jurídica extranjera?

Se denomina *lex societatis*, o ley de la sociedad, a la legislación que determina las formas societarias disponibles y los requisitos para la constitución y adquisición de la personalidad jurídica de una sociedad, y que regula su capacidad jurídica y funcionamiento interno, incluyendo la conformación y el funcionamiento de sus órganos y los derechos y obligaciones de sus socios. Esta ley se diferencia de la ley que rige la actuación externa de las sociedades -por ejemplo, los contratos que una sociedad celebra-, la cual normalmente depende de la jurisdicción en la que se produce la actuación externa de la sociedad o de lo que acuerden las partes del contrato. En este sentido, producto del reconocimiento mutuo de la personalidad jurídica de las sociedades extranjeras por los distintos Estados, una sociedad constituida o domiciliada en un determinado país puede actuar en múltiples jurisdicciones, sometiéndose, en su actuación externa, a también múltiples legislaciones y sistemas jurídicos.

Ahora bien, a diferencia de las leyes que rigen la actuación externa de las sociedades, que pueden ser múltiples en función del lugar de actuación o del pacto alcanzado por las partes,

la *lex societatis* debe ser una sola, no solo por razones conceptuales, en el sentido de que la personalidad jurídica se adquiere por efecto de la ley nacional, sino también por razones prácticas, ya que aspectos internos, como la forma societaria o el funcionamiento de los órganos, no pueden razonablemente estar sujetos a múltiples legislaciones en función de los múltiples lugares de actuación de la sociedad. Pensemos, por ejemplo, en los requisitos de cuórum o mayoría para la aprobación de una decisión en el Directorio de una sociedad respecto de la celebración de un conjunto de contratos en el extranjero (por ejemplo, de representación comercial), requisitos que no deberían ser diferentes para una sociedad determinada de un determinado Estado, en función de la jurisdicción en la que se vaya a celebrar cada uno de dichos contratos en ejecución del acuerdo del Directorio.

La forma de determinación de la *lex societatis* es una de las cuestiones más relevantes del Derecho Internacional Privado de sociedades. Esta cuestión típicamente se resuelve a nivel de los Derechos nacionales, en tanto es la ley de un Estado la que determina los requisitos (o “factores de conexión”) para que una sociedad se constituya y exista bajo la ley de ese Estado y dicha ley le sea aplicable como *lex societatis*. Existen básicamente dos posiciones a nivel del Derecho Comparado a efectos de determinar cuál es la *lex societatis* aplicable a una determinada sociedad: la tesis del domicilio estatutario o de la constitución y la tesis de la sede real.

Bajo la tesis del domicilio estatutario o de la constitución, se considera que la *lex societatis* es la ley del Estado en el cual la sociedad tiene su domicilio estatutario, independientemente de la nacionalidad de sus socios o del lugar donde se encuentran su administración o sus operaciones. Esta tesis se denomina a veces también como la del lugar de constitución, en la medida que se considera que las sociedades que se constituyen en una jurisdicción lo hacen bajo la ley nacional que se aplica, precisamente, a las sociedades cuyo domicilio estatutario se ubica en la jurisdicción. Nótese que se habla del domicilio estatutario. Ello, con independencia del lugar en el que se



desarrollan las actividades de la sociedad o donde tiene su centro de administración o dirección (es decir, la denominada “sede real”). Así,

[...]bajo la doctrina de la constitución, las reglas aplicables a una sociedad se determinan por el lugar de constitución independientemente de los lazos comerciales entre la sociedad extranjera y el estado huésped. Por lo tanto, siguiendo esta aproximación, una sociedad extranjera será reconocida y mantendrá su capacidad jurídica y organización interna, aun cuando su centro de administración o partes significativas (o incluso todas) sus operaciones estén establecidas o se trasladen a otro país que siga esta aproximación (Unión Europea, 2016, p. 27).

En palabras de Alvaro Bueno, bajo el modelo de domicilio estatutario (que él denomina “modelo de constitución”):

[...]la *lex societatis* será la del Estado conforme a cuyo derecho se haya constituido la sociedad. De esta forma, la nacionalidad de la sociedad será la del lugar en que se inscribe en el Registro mercantil, de manera que se aplicará el derecho del estado que se encuentra en la escritura de la sociedad, con independencia de dónde lleva a cabo su actividad económica principal (Bueno, 2020, p. 1045).

Conforme lo indica este autor, este es el modelo imperante en jurisdicciones como Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Países Bajos, Reino Unido o Suecia. En los Estados que optan por el modelo de la constitución o domicilio estatutario, una sociedad puede constituirse y existir bajo la ley del Estado, aunque no tenga su sede principal o centro de actividades en el territorio de ese país, e incluso lo puede hacer, aunque no tenga ninguna operación empresarial en el territorio de la jurisdicción.

Es importante notar que, si bien en ocasiones las expresiones “constitución” y “domicilio estatutario” se usan como sinónimos, en realidad no lo son estrictamente, ya que el lugar de incorporación o constitución no puede modificarse, pues corresponde a un evento histórico determinado, mientras que el domicilio social sí puede modificarse a través de la redomiciliación internacional, como lo veremos en este artículo. Ello con independencia de que las legislaciones nacionales que permiten la redomiciliación internacional hacia sus Estados muchas veces contienen disposiciones que asimilan la sociedad redomiciliada a la sociedad constituida en la jurisdicción para todos los efectos legales.

De otro lado, bajo la tesis de la sede real se estima que la *lex societatis* debe corresponder a la de aquella jurisdicción con la que la sociedad tenga una mayor conexión en la realidad:

La doctrina de la sede real (...) trata de determinar la jurisdicción con la que la compañía tiene una conexión más cercana. Aunque no existe una sola manera de determinar qué constituye ‘la conexión más cercana’, el centro de administración o la sede principal de una compañía son frecuentemente utilizados por los Países Miembros que siguen esta aproximación (...). La ley aplicable es determinada usando este factor (Unión Europea, p. 27).

Como lo explica Alvaro Bueno, bajo el modelo de la sede real:

[...]la ley aplicable a la sociedad será la ley del Estado en que la sociedad tenga su sede real, esto es su establecimiento principal o administración central. Bajo esta teoría se exigiría, por tanto, conexión entre domicilio social y actividad como requisito fundamental de aplicabilidad de la *lex societatis*. Con ello lo que se pretende es que la sociedad esté regida por la ley del Estado donde se desarrolla la principal actividad económica de la misma y evitar la creación de sociedades ficticias (Bueno, 2020, p. 1045).

Añade el mismo autor que este es el régimen imperante en Alemania, Francia, Bélgica, Austria y España, citando a modo de ejemplo lo que establece el artículo 9.1. de la Ley de Sociedades de Capital de este último Estado: “Las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar donde se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación”. De esta manera, en los Estados que establecen la sede real como factor de conexión para el establecimiento de la *lex societatis*, una sociedad solo puede constituirse y existir bajo la ley del Estado en la medida de que tenga su sede real en el territorio de dicho Estado. Como está dicho, la sede real se identifica normalmente con el centro de administración o con el lugar principal de actividades de la sociedad.

La Convención de La Haya sobre el Reconocimiento de la Personalidad Jurídica de Sociedades, Asociaciones y Fundaciones Extranjeras, de 1 de junio de 1956, regula el reconocimiento mutuo de la capacidad de las personas jurídicas extranjeras de derecho privado por parte de los Estados signatarios. De acuerdo con los términos de la Convención, los Estados miembros se comprometen recíprocamente a reconocer la personalidad jurídica de las personas jurídicas de derecho privado constituidas y existentes bajo las respectivas leyes nacionales. A tal efecto, la Convención consagra, como fórmula básica para establecer la *lex societatis*, a la tesis de la incorporación o de domicilio estatutario, aunque permite también que los Estados puedan establecer requisitos para el reconocimiento de capacidad a una sociedad



extranjera basados en el cumplimiento del criterio de la sede real, cuando ese es el criterio imperante en su Derecho interno.

En este sentido, en el artículo 1 de la Convención, se señala lo siguiente:

La personalidad jurídica, adquirida por una sociedad, una asociación o una fundación en virtud de la ley del Estado contratante en que se hayan cumplido las formalidades de registro o de publicidad y en el que se encuentre la sede estatutaria, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes, siempre que implique, además de la capacidad jurídica, al menos la capacidad de poseer bienes y de otorgar contratos y otros actos jurídicos (...).

Asimismo, en el artículo 5 se añade que: “El reconocimiento de la personalidad jurídica implicará la capacidad que le confiera la ley en virtud de la cual se adquirió dicha personalidad (...)”.

Finalmente, el artículo 2 la Convención permite a los Estados contratantes imponer requisitos derivados a la doctrina de la sede real para reconocer la personalidad jurídica de sociedades extranjeras:

Sin embargo, la personalidad adquirida con arreglo a lo que dispone el artículo 1 podrá no reconocerse en otro Estado contratante cuya ley tome en consideración la sede real, si dicho Estado considera que dicha sede se encuentra en su territorio.

La personalidad podrá no reconocerse en otro Estado contratante cuya ley tome en consideración la sede real, si se considera que la sede real se encuentra en un Estado cuya ley la toma igualmente en consideración.

Se considerará que la asociación, la sociedad o la fundación tienen su sede real en el lugar en el que radica su administración central (...).

Conforme lo indica Alvaro Bueno, las jurisdicciones que establecen la sede real como criterio de aplicación de la *lex societatis*, plantean dificultades al reconocimiento de las sociedades extranjeras cuando estas tienen su sede real en el país en el que se pretende el reconocimiento, pues el Estado para el que rige el modelo de la sede real exigirá que una sociedad se constituya o tenga existencia bajo su ley nacional cuando la sociedad tenga su sede principal en dicho Estado, negando el reconocimiento a sociedades constituidas en el extranjero que, sin embargo, tengan su sede real en el territorio del Estado en cuestión:

En el primer supuesto -modelo de sede real- una sociedad extranjera será reconocida únicamente si el Estado donde ubique su sede real y el Estado de constitución coinciden, es decir, que una sociedad extranjera sólo (sic) será reconocida si se ha constituido válidamente conforme al Derecho del lugar donde radique su sede real. En consecuencia, en aquellos Estados donde se utilice este modelo no van a ser reconocidas las sociedades cuya sede real no se encuentre en el territorio del Estado en el que se constituyeron (Bueno, 2020, p. 1046).

No sucede lo mismo en el caso de las jurisdicciones que aplican la tesis de la constitución o del domicilio estatutario,

ya que en ellas no se plantea la exigencia de que una sociedad que tenga el lugar principal de operaciones en un Estado deba necesariamente estar constituida o tener su domicilio estatutario en dicho Estado.

En el segundo supuesto -modelo de constitución-, el reconocimiento de las sociedades no presenta ninguna dificultad. En este sentido, una vez que se ha constituido la sociedad conforme al Derecho de un Estado, será reconocida en los demás. Esto se explica porque conforme a este modelo de constitución, el reconocimiento va a depender de que la sociedad se haya constituido conforme a su *lex societatis*, y esta ley aplicable es la ley del Estado conforme a cuyo Derecho se ha constituido, de manera que una sociedad que se ha constituido de acuerdo con las normas de un Estado extranjero, será válidamente reconocida (Bueno, 2020, p. 1046).

2.2. Tratamiento en el Derecho peruano

2.2.1. El Domicilio Social y la *Lex Societatis*

La Ley General de Sociedades no tiene una disposición que determine expresamente la aplicación territorial de la propia ley -es decir, qué sociedades quedan sometidas a esta ley y cuáles no-. Se trata de un vacío importante ya que, como se ha visto, la cuestión de la ley aplicable a la persona jurídica es de gran transcendencia, pues determina cuáles son las reglas que regirán el funcionamiento interno de la sociedad, incluyendo los derechos y obligaciones de los socios, la competencia, los poderes y el funcionamiento de los órganos societarios, los requisitos para la disolución y liquidación, etc. No obstante, el vacío existente a nivel de la Ley General de Sociedades es cubierto por el Código Civil, que sí regula las cuestiones de la ley aplicable a las personas jurídicas de derecho privado -entre ellas las sociedades- y el reconocimiento de las personas jurídicas de derecho privado extranjeras.

Al respecto, el artículo 2073 del Código Civil señala que “la existencia y capacidad de las personas jurídicas de derecho privado se rigen por la ley del país en que fueron constituidas”. De esta manera, nuestro derecho privado opta por el criterio de la constitución o sede estatutaria y no por el criterio de la sede real.

Delia Revoredo explica de esta manera la opción legislativa del Código Civil:



Se ha optado por regular dicha existencia por la ley del país de la constitución, prefiriendo este criterio al del domicilio, porque la frecuente pluralidad de domicilios que establecen las personas jurídicas en el campo internacional dificultaría en la práctica, la determinación de la ley reguladora.

Por ley de constitución ha de entenderse la del Estado donde fueron cumplidas las condiciones formales y sustantivas requeridas para su creación.

(...)

La ley del país de la constitución regirá, pues, en todo lo concerniente a la creación de la persona jurídica, es decir a las formalidades requeridas, los requisitos de fondo, las causales de nulidad, la disolución y en general, todo aspecto relacionado con su existencia.

La misma ley regulará, en principio, el funcionamiento interno de la persona colectiva, esto es los deberes y derechos de los socios o miembros, los requisitos para la celebración de las juntas, lo referente a citaciones, plazos y, en fin, todo lo concerniente a su operatividad interna (2015, pp. 1064-1065).

Sin embargo, esta afirmación en cuanto a la opción legislativa por el lugar de constitución o la sede estatutaria debe moderarse si se considera las disposiciones legales en materia de domicilio social de nuestra Ley General de Sociedades. En efecto, con relación al domicilio social y a la sede real, el artículo 20 de la Ley General de Sociedades señala lo siguiente:

El domicilio de la sociedad es el lugar, señalado en el estatuto, donde desarrolla alguna de sus actividades principales o donde instala su administración.

En caso de discordancia entre el domicilio de la sociedad que aparece en el Registro y el que efectivamente ha fijado, se puede considerar cualquiera de ellos.

La sociedad constituida en el Perú tiene su domicilio en territorio peruano, salvo cuando su objeto social se desarrolle en el extranjero y fije su domicilio fuera del país.

Como se sabe, la sociedad debe tener un solo domicilio social. Pueden existir varias oficinas, sucursales, agencias o establecimientos, conforme lo autoriza el artículo 21 de la Ley General de Sociedades, pero un solo domicilio social. Este domicilio está establecido en el estatuto, lo que significa que lo establecen los socios al momento de la fundación de la sociedad y que la sociedad lo puede cambiar después al modificar el estatuto.

El domicilio social, pues, es el domicilio estatutario. Pero, bajo nuestra ley, este debe tener una conexión con los negocios y operaciones de la compañía, ya que debe corresponde al lugar donde se encuentra su administración o donde desarrolla alguna de sus actividades principales. La lógica de esta opción la explica Marín de la Bárcena:

la conexión entre domicilio social y sede real obedece a un denominado principio de veracidad del domicilio que, por razones de seguridad del tráfico y protección de intereses de orden público, exige que exista una conexión entre el denominado domicilio

social -registral- estatutario y la sede real. La seguridad del tráfico requiere que el domicilio sea único, estable y reconocible por terceros, lo que implica una prohibición de domicilios meramente nominales o ficticios, rotatorios, móviles o dobles sedes (2017, p. 4).

De esta manera, la Ley General de Sociedades incorpora elementos de la tesis de la sede real. Sin embargo, se debe notar que bajo la Ley General de Sociedades no se exige que el domicilio sea necesariamente el lugar de la actividad principal, ni el de la sede administrativa, sino que basta que sea el lugar donde se desarrolle alguna de las actividades principales de la sociedad, si esta las desarrolla en varios lugares. Lo que nuestra ley no admite es que la sociedad no desarrolle ninguna actividad, o tenga actividades meramente secundarias, en el lugar de su domicilio estatutario. Por otro lado, no existe en la Ley General de Sociedades una disposición que obligue a las sociedades que tengan su centro de administración o su lugar principal de operaciones en el territorio peruano, a constituirse bajo el Derecho interno peruano. Para cumplir con las disposiciones de la Ley General de Sociedades sobre esta materia, la sociedad con domicilio social en el Perú puede tener su sede de administración y su lugar principal de operaciones en el extranjero, en la medida de que al menos alguna de sus actividades principales se desarrolle en el territorio del Perú.

La Ley General de Sociedades regula las consecuencias que tiene el que el domicilio social fijado en el estatuto no corresponda con el lugar (o alguno de los lugares) donde la sociedad realiza sus actividades principales o lleva su administración. En este sentido, señala en su artículo 20 que "en caso de discordancia entre el domicilio de la sociedad que aparece en el Registro y el que efectivamente se ha fijado, se puede considerar cualquiera de ellos". La Ley General de Sociedades no establece consecuencias más severas, como podrían ser el desconocimiento de la personalidad jurídica o la irregularidad de la sociedad.

Al momento de la fundación de la sociedad, una sociedad constituida bajo la Ley General de Sociedades deberá tener su domicilio social en territorio peruano. En este sentido, el



artículo 29 del Reglamento del Registro de Sociedades señala: “En el asiento de inscripción del pacto social (...) o de sus modificaciones, deberá consignarse como domicilio una ciudad ubicada en el territorio peruano, precisándose la provincia y departamento a que dicha ciudad corresponde”. Ello implica que una sociedad que se constituya bajo la Ley General de Sociedades y el Reglamento del Registro de Sociedades debe tener domicilio en el Perú. El supuesto que contempla la Ley General de Sociedades en el último párrafo del artículo 21, en el sentido de que una sociedad constituida en el Perú puede fijar domicilio en el extranjero (“La sociedad constituida en el Perú tiene su domicilio en territorio peruano, salvo cuando su objeto social se desarrolle en el extranjero y fije su domicilio fuera del país”) podría inducir a confusión, pues parecería indicar que la sociedad puede tener su domicilio social en el extranjero y a la misma vez seguir regida por la Ley General de Sociedades como *lex societatis*, o incluso que una sociedad podría constituirse bajo la Ley General de Sociedades fijando desde el inicio su domicilio social en el extranjero. Nada de ello es posible. En realidad, el supuesto al que se refiere la Ley General de Sociedades en el artículo 21 es el de una transformación transfronteriza que, como se verá más adelante, implica no solo el cambio de la ubicación del domicilio social, sino también el cambio de la ley aplicable a la sociedad.

2.2.2. El Reconocimiento Internacional de capacidad

En cuanto al reconocimiento de la capacidad de las personas jurídicas de derecho privado extranjeras, el artículo 2073 del Código Civil señala lo siguiente:

Las personas jurídicas de derecho privado constituidas en el extranjero son reconocidas de pleno derecho en el Perú, y se reputan hábiles para ejercer en el territorio del país, eventual o aisladamente, todas las acciones y derechos que les correspondan.

Para el ejercicio habitual en territorio del país de actos comprendidos en el objeto de su constitución, se sujetan a las prescripciones establecidas por las leyes peruanas.

Así, la norma distingue entre actividades eventuales o aisladas y ejercicio habitual, señalando que en este último caso las personas jurídicas extranjeras se sujetan a las prescripciones establecidas por las leyes peruanas. Señala al respecto Delia Revoredo:

Esta aplicación de la ley territorial se explica por la necesidad de los gobiernos de orientar y controlar la actividad económica dentro de sus fronteras.

El comercio y la industria deberán enmarcarse de acuerdo con los lineamientos especiales de cada país, que corresponden a las realidades particulares geográficas, políticas, económicas y sociales de cada uno. El carácter de extranjera, que pudiera tener una persona jurídica por haber sido constituida fura del Perú, no justifica de manera alguna exceptuarla de dicho marco y orientación, y por lo tanto toda actividad habitual que realice en territorio peruano deberá adecuarse a las disposiciones de la ley nacional (2015, p. 1067).

En realidad, vista únicamente desde la óptica de la regulación de la actividad realizada por la persona jurídica en territorio peruano, la estipulación citada parece casi de Perogrullo; y además no tendría que estar limitada a las actividades que la persona jurídica realiza de manera habitual, sino también a las que realiza de manera aislada o eventual. En principio, por la aplicación territorial de la ley, las actividades que se realiza en territorio nacional están sujetas a la ley peruana, sean realizadas por nacionales o extranjeros.

Más bien, la norma parece destinada a señalar que la ley peruana podría establecer requisitos de organización y funcionamiento aplicables a la persona jurídica extranjera, en caso de que esta vaya a realizar actividades habituales en el territorio peruano. Por ejemplo, la ley peruana podría exigir el registro de un representante o la formación de una sucursal. Por ello, la misma Delia Revoredo señala:

La representación en estos casos debe también ceñirse a los requisitos de la ley territorial, ello supone principalmente la inscripción en el Perú de la persona colectiva (como lo ordena el artículo 2029 del Código vigente), el registro del mandato correspondiente y el establecimiento de domicilio en la república, requisitos estos considerados de orden público y que tienen por finalidad proteger los derechos de terceros que se vinculen o pretendan vincularse jurídicamente con la persona jurídica extranjera, evitando el inconveniente de que ella no esté debidamente constituida o que el presunto representante carezca de mandato suficiente, o que no pueda ser demandada por carecer técnicamente de domicilio (2015, p. 1067).

El artículo 2029 del Código Civil señala que: “Las personas jurídicas constituidas en el extranjero se inscriben en el registro correspondiente del lugar que señalen como domicilio en el país”.

Por su parte, el artículo 21 de la Ley General de Sociedades establece lo siguiente:

Salvo estipulación expresa en contrario del pacto social o del estatuto, la sociedad constituida en el Perú, cualquiera que fuera el lugar de su domicilio, puede establecer sucursales u oficinas en otros lugares del país o del extranjero.



La sociedad constituida y con domicilio en el extranjero que desarrolle habitualmente actividades en el Perú puede establecer sucursal u oficinas en el país y fijar domicilio en territorio peruano para los actos que practique en el país. De no hacerlo, se le presume domiciliada en Lima.

Como se observa, la Ley General de Sociedades es mucho más flexible que el Código Civil, y permite la actuación en el Perú de sociedades extranjeras sin cortapisas, de forma accidental o esporádica, o de forma habitual, señalando que el establecimiento de oficina y la fijación de domicilio en territorio nacional son potestativos.

Al respecto, Elias señala:

Las sociedades constituidas en el extranjero pueden establecer sucursales y oficinas en el Perú. Es importante señalar que la fijación de un establecimiento permanente en el Perú, en la forma de sucursal u oficina, no es un requisito para que la ley peruana reconozca la personería jurídica de estas sociedades (Elias, 2015, Tomo I, p. 133).

Asimismo, tampoco lo es la inscripción de un poder en el Registro.

El artículo 21 de la Ley General de Sociedades señala también que “salvo estipulación expresa en contrario del pacto social o del estatuto, la sociedad constituida en el Perú, cualquiera que fuera el lugar de su domicilio, puede establecer sucursales u oficinas en otros lugares del país o del extranjero”.

Esta habilitación, evidentemente, solo surte efectos en el Perú y no podría autorizar a una sociedad peruana a realizar actividades en una jurisdicción donde tales actividades no están autorizadas a una sociedad extranjera, o a prescindir de los requisitos que tal jurisdicción establece para el efecto. En tal sentido, las respectivas legislaciones extranjeras habrán de reconocer también la existencia y capacidad de las sociedades peruanas para actuar en sus respectivos territorios.

3. ¿Qué es la Transformación Transfronteriza de Sociedades?

Como hemos dicho en la introducción, el traslado internacional del domicilio social, redomiciliación internacional o transformación transfronteriza es la operación a través de la cual una sociedad cuyo domicilio social está ubicado en un determinado Estado y que consiguientemente está sujeta a la *lex societatis* de dicho Estado, pasa a establecer su domicilio social en otro Estado y consiguientemente pasa a estar sujeta a la *lex societatis* de este segundo Estado, todo ello sin perder su personalidad jurídica y sin necesidad de ser disuelta o liquidada o ser absorbida por otra sociedad. Como la define la Directiva (UE) 2019/2121, la transformación transfronteriza:

es una operación mediante la cual una sociedad, sin ser disuelta ni liquidada, convierte la forma jurídica en la que está registrada en un Estado miembro de origen, en una forma jurídica del Estado

miembro de destino (...) y traslada al menos su domicilio social al Estado miembro de destino al tiempo que conserva su personalidad jurídica.

La operación a veces es denominada “redomiciliación internacional”, “continuación” (“*continuation*”), o “domesticación” (“*domestication*”). Sin embargo, la expresión que mejor captura su naturaleza es quizás la de transformación transfronteriza que utiliza la Directiva (UE) 2019/2121, pues hace referencia no solo al cambio de domicilio, sino al concepto de transformación, que es esencial en esta operación por el hecho de cambiarse la *lex societatis*.

La operación de transformación transfronteriza supone un cambio en el domicilio social de la sociedad. De esta manera, la operación no se identifica con el simple cambio del lugar de desarrollo de las actividades de la sociedad o de su centro de dirección, sino con el cambio de su domicilio estatutario. El cambio en el lugar principal de operaciones o en la ubicación del centro de administración de una sociedad puede ser la razón de un cambio del domicilio social, e incluso puede hacer obligatorio el cambio del domicilio social (como sería el caso en una jurisdicción que aplica a plenitud el criterio de la sede real), pero más allá de ello, la transformación transfronteriza exige, como elemento esencial, el cambio del domicilio estatutario, no el cambio en la sede real. Asimismo, se trata de un cambio de domicilio de un Estado a otro, o de una jurisdicción a otra, como puede ser el caso en los países de naturaleza federal en los que las legislaciones societarias pueden variar de estado en estado o de provincia en provincia, como es el caso en los Estados Unidos de América. Un mero cambio de domicilio estatutario dentro del territorio de un Estado o jurisdicción (como si una sociedad cambia su domicilio social de Arequipa a Lima) es, efectivamente, un cambio de domicilio, pero no constituye una transformación transfronteriza.

Este carácter internacional es esencial a la transformación transfronteriza pues ésta implica un cambio en la *lex societatis* de la sociedad objeto de ella. La operación importa el traslado del domicilio social de un Estado de origen a un Estado de destino, el cual tiene



una legislación societaria distinta a la del primero. En este sentido, dado que el domicilio social determina normalmente cual es la *lex societatis*, la operación de redomiciliación internacional implica un cambio en el régimen legal aplicable a la sociedad. Como lo señala Segismundo Alvarez Royo:

Cuando una sociedad traslada su domicilio social (también llamado estatutario o registral, en inglés “registered office”) al extranjero, pasa de estar sujeta de la legislación de su Estado de origen (“home member state”) a la del Estado de destino (“host member state”). Como se ha señalado, lo más importante no es la modificación de la localización, sino el cambio de la *lex societatis* (2017, p. 3).

Por esta razón, la operación de redomiciliación internacional implica una transformación de la sociedad. Al suponer un cambio en la *lex societatis*, esta operación obliga a la sociedad a adaptarse a las formas jurídicas disponibles en el Estado del nuevo domicilio, lo que supone un acto de modificación estatutaria para asumir una nueva forma societaria, o transformación. Debido a que las formas societarias están típicamente establecidas en el Derecho nacional, el cambio de la *lex societatis* implica para la sociedad objeto de un cambio internacional de domicilio, la necesidad de adaptarse a la nueva legislación societaria y adoptar alguna de las formas jurídicas admitidas por ella, ajustando sus estipulaciones constitutivas y estatutarias a dicha nueva ley.

Como en una transformación ordinaria, la sociedad mantiene su personalidad jurídica. A pesar de que cambian la *lex societatis* y la forma jurídica de la sociedad, esta conserva su personalidad jurídica. En este sentido, no es objeto de disolución ni liquidación, ni tampoco es absorbida por una sociedad del nuevo Estado de domicilio. La sociedad continúa existiendo en la nueva jurisdicción, sujeta a la nueva *lex societatis*, sin interrupción ni cambio en su personalidad jurídica. Es la misma sociedad. Por esta razón, el artículo 388 (i) de la Delaware General Corporate Law (“DGCL”), que regula el proceso de “domesticación” (“*domestication*”) a través del cual una sociedad de un país distinto a los Estados Unidos pasa a establecer su domicilio social en el estado de Delaware, señala:

Cuando una entidad extranjera ha sido domesticada como una corporación de acuerdo con esta sección, para todo propósito bajo las leyes de Delaware, la corporación se considerará la misma entidad que la entidad extranjera domesticada y la domesticación constituirá una continuación de la existencia de la entidad extranjera en la forma de una corporación de este estado.

Por otra parte, en la transformación transfronteriza, igual que en una transformación doméstica, no existe transferencia patrimonial debido a que la sociedad mantiene su personalidad jurídica, la transformación transfronteriza no implica una

transferencia patrimonial, ni a título singular, ni a título universal. Los bienes, derechos y obligaciones que conforman el patrimonio y pertenecen y corresponden a la entidad objeto de redomiciliación, le siguen perteneciendo y correspondiendo luego de la redomiciliación. En este sentido, el artículo 388 (i) de la DGCL señala:

Cuando una domesticación se haya vuelto efectiva bajo esta sección, para todo propósito bajo las leyes del Estado de Delaware, todos los derechos, privilegios y poderes de la entidad extranjera que ha sido domesticada, y toda la propiedad, inmobiliaria, mobiliaria y mixta, y todas las deudas debidas a dicha entidad extranjera, así como todas las demás cosas y acciones pertenecientes a dicha entidad extranjera, se mantendrán en la corporación en la que dicha entidad extranjera ha sido domesticada (...) y serán de propiedad de dicha corporación (...) y los derechos de los acreedores y las cargas sobre cualquier propiedad de dicha entidad extranjera se preservarán sin perjuicio, y todas las deudas, responsabilidades y deberes de la entidad extranjera que ha sido domesticada permanecerán en la corporación en la que dicha entidad extranjera ha sido domesticada (...) y serán ejecutables contra la misma en el mismo grado que si hubieran sido contraídas o contratadas en su capacidad como tal corporación⁽¹⁾.

De la misma forma, en el inciso a) del artículo 86 octodecenas de la Directiva (UE) 2019/2121 se establece, como una de las consecuencias de la transformación transfronteriza, que “la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad, incluidos todos los contratos, créditos, derechos y obligaciones, será el de la sociedad transformada”.

En la operación, tampoco se modifica la participación de los socios. En efecto, la transformación transfronteriza no genera un cambio de la participación de los socios, como podría ocurrir en una fusión o en una escisión. Ello es lógico pues no existe combinación o transferencia de patrimonios. En este sentido, el inciso d) del artículo 86 novodecenas de la Directiva (UE) 2019/2121

(1) La Sección 388 (i) de la DGCL señala que los bienes, derechos y obligaciones y responsabilidades de la entidad extranjera domesticada corresponderán también a dicha entidad extranjera “si y en tanto la entidad extranjera continúe existiendo en la jurisdicción en la que existía inmediatamente antes de la domesticación”.



señala, como una de las consecuencias de la transformación transfronteriza, que “los socios de la sociedad seguirán siendo socios de la sociedad transformada, a menos que hayan enajenado sus participaciones (...)”. No obstante lo anterior, es necesario advertir que los derechos de los socios y la forma de representación de sus participaciones pueden sufrir modificaciones como consecuencia de la transformación y el consecuente cambio de la forma societaria producto de la adaptación al Derecho del Estado de destino. Además, según la regulación a la que esté sujeta la operación, la redomiciliación internacional podría gatillar un derecho de separación.

La redomiciliación internacional parte de una decisión societaria de la entidad. Dado su carácter estructural, que implica no solo la modificación del estatuto, sino el cambio del régimen legal aplicable a la sociedad, dicha decisión compete normalmente a la Junta General de Accionistas en su condición de órgano supremo de la sociedad. En ese sentido, por ejemplo, la Directiva UE señala en el párrafo 16 de su parte considerativa que,

[...]sobre la base del proyecto y de los informes, la junta general (...) debe decidir si procede o no aprobar tal proyecto y las modificaciones que sea preciso introducir en el instrumento de constitución, incluidos los estatutos”, añadiendo que “es importante que la mayoría exigida en la votación sea lo suficientemente amplia para garantizar que la decisión sea adoptada por una sólida mayoría.

Para que la operación sea posible, requiere ser admitida legalmente tanto en el ordenamiento jurídico del Estado de origen como en el ordenamiento jurídico del Estado de destino, y la regulación en ambos Estados debe ser compatible. Es por ello que al prever la posibilidad de la redomiciliación internacional, la Convención de La Haya señala en su artículo 3 que “se reconocerá la continuidad de la personalidad en todos los Estados contratantes, en el caso de traslado de la sede estatutaria de un Estado contratante a otro, si dicha continuidad se reconoce en los dos Estados interesados”.

La operación puede ser regulada a nivel de ordenamiento supranacional, como en el caso de la Unión Europea, con la finalidad de uniformar los derechos nacionales de los Estados miembros, o ser regulada en forma independiente por cada Estado. Sin embargo, lo esencial es que la operación sea admitida por ambos Estados y que la regulación de la operación en ambos sea compatible. Este último punto es de gran importancia, pues si las legislaciones en el Estado de origen y en de destino admiten ambas la transformación transfronteriza, pero son incompatibles entre sí, la operación no podría realizarse. La incompatibilidad podría provenir de la secuencia en la que se deben realizar los distintos actos que comprende una transformación transfronteriza -por ejemplo, en qué jurisdicción se inscribe primero la operación, en la de origen o en la de destino. Si la legislación de la jurisdicción del “Estado A” señala que primero se inscribe la transformación

en la jurisdicción de destino y luego en la de origen, pero la ley de la jurisdicción de destino del “Estado B” señala que primero se inscribe en la jurisdicción de origen y luego en la de destino, probablemente no será posible que una sociedad de la jurisdicción del “Estado A” se redomicilie directamente en el “Estado B”. Lo mismo puede suceder con el tipo de documentos que se requieren para la redomiciliación. Si la legislación de la jurisdicción de destino del “Estado B” requiere un informe o resolución de la autoridad registral de la jurisdicción de origen del “Estado A” para inscribir una redomiciliación de una sociedad de del “Estado A” al “Estado B”, pero la legislación del “Estado A” no contempla la emisión de dicho informe o resolución de autoridad, probablemente no sea posible la transformación transfronteriza de una sociedad del “Estado A” al “Estado B”.

En este sentido, por ejemplo, la Directiva (UE) 2019/2121 regula con precisión el proceso de una transformación transfronteriza tanto en el Estado de origen como en el Estado destino para asegurar la compatibilidad de ambos regímenes. Asimismo, en una normativa doméstica, resulta interesante la Sección 388 (h) de la DGCL, que busca adaptarse flexiblemente a la diversidad de regímenes que pueden existir en los Estados de origen señalando que:

Previamente a la presentación de un certificado de domesticación ante el Secretario de Estado, la domesticación deberá ser aprobada de la manera establecida en el documento, instrumento, acuerdo u otro escrito, según sea el caso, que gobierna los asuntos internos de la entidad extranjera y la conducción de sus negocios, o por la ley extranjera, como corresponda, y el certificado de incorporación deberá ser aprobado por la misma autoridad requerida para aprobar la domesticación.

Desde el punto de vista de política legislativa, sería posible para un Estado autorizar en su legislación interna la redomiciliación de sociedades extranjeras hacia el Estado en cuestión (lo que podríamos llamar una “inmigración societaria” o “redomiciliación inbound”), pero no la redomiciliación de las sociedades de esa jurisdicción hacia el extranjero (lo que podríamos llamar una “emigración societaria”



o una “redomiciliación outbound”). En ausencia de una normativa supranacional como la Directiva UE a la que esté sometido el Estado, nada lo obliga a tratar similarmente ambos tipos de redomiciliaciones. De hecho, como veremos más adelante, el tratamiento de ambos tipos de redomiciliación no es simétrico en el Derecho peruano.

No obstante, creo que resulta contradictorio legislar en forma diferente ambos tipos de operaciones y que el adoptar una actitud “proteccionista” que permita la inmigración societaria pero no la emigración societaria sería contraria a la competitividad regulatoria del país. Resulta interesante la respuesta de The City of London Law Society al Gobierno del Reino Unido sobre esta cuestión:

Para asegurar que el Reino Unido se mantenga como un destino atractivo, el Comité cree que tanto la redomiciliación *inbound* como *outbound* se deberían permitir. Existe preocupación respecto a que algunas compañías no se redomiciliarían al Reino Unido si no pueden luego dejar el Reino Unido si las circunstancias cambian. Permitir sólo la redomiciliación *inbound* parece excesivamente restrictivo en una jurisdicción que es generalmente abierta a la inversión internacional (...) (2022, p. 20).

Por otro lado, autorizar solo una forma de redomiciliación y no otra podría considerarse, desde el punto de vista del Derecho peruano, como una restricción inadmisibles a la libertad de organización empresarial, que es parte consustancial de la libertad de empresa garantizada por el artículo 59 de la Constitución Política del Perú.

4. Razones para una Transformación Transfronteriza

Existen múltiples razones que pueden impulsar a una sociedad a trasladar su domicilio social de un Estado a otro. Estas razones tienen mucho que ver con los efectos que el domicilio estatutario tiene desde el punto de vista jurídico; de manera que, a través de la redomiciliación, la sociedad en cuestión puede buscar modificar dichos efectos jurídicos.

4.1. Razones de índole societario

Una primera razón que puede impulsar una transformación transfronteriza es, evidentemente, la intención de la sociedad de cambiar de *lex societatis*. La sociedad busca que la ley que se aplique a su dimensión interna deje de ser la del Estado de origen y pase a ser la del Estado de destino, procurando obtener un régimen societario más flexible, con menos formalidades o menos disposiciones de carácter imperativo, o una legislación societaria que otorga más poderes y facultades a los administradores frente a los accionistas, o que contenga una forma societaria más acorde con sus propios fines que no está disponible en el Derecho de Sociedades del Estado de origen.

Un ejemplo clásico es el del estado de Delaware, de los Estados Unidos de América, que no solo es la jurisdicción de elección para muchas empresas norteamericanas, sino que es también un centro de atracción global para la formación y domiciliación de sociedades de otros países. En un análisis publicado por el propio estado de Delaware se señala:

¿Por qué las corporaciones eligen Delaware? Creo que la respuesta no es una sola cosa sino un conjunto de cosas. Esto incluye la Ley General de Sociedades de Delaware que es una de las legislaciones societarias más avanzadas y flexibles en el país. Incluye las cortes de Delaware y, en particular, la altamente respetada corte en materia de Derecho de Sociedades, la *Court of Chancery*. Incluye también a la Legislatura estatal, que toma en serio su rol en mantener la ley de sociedades y otras normas comerciales actualizadas. Incluye también la Oficina del Secretario de Estado que piensa y actúa más como una de las corporaciones que administra que como una burocracia gubernamental (Black, 2007, p. 1).

De esta manera, una sociedad puede buscar cambiar su domicilio social a otro Estado, que tenga una legislación societaria más flexible, o mejor administrada, con la finalidad de hacer más eficiente su gestión, mejorar su gobierno corporativo, o evitar las trabas o malas prácticas que en ocasiones prevalecen en algunas jurisdicciones.

4.2. Evitar riesgos sobre la sociedad

Otra razón relacionada a lo anterior puede ser el salir de la jurisdicción de un Estado que puede usar su poder en una forma contraria a los fines de la empresa, por ejemplo, interfiriendo en su administración o confiscando sus activos o sus acciones, o que es corrupto o es percibido como tal. Esto puede estar relacionado con un cambio político, que haga que el ambiente institucional para el desarrollo de la sociedad se vuelva adverso o incluso peligroso.

Por ejemplo, durante la Segunda Guerra Mundial, ante la invasión de sus territorios por las fuerzas nazis, los gobiernos en el exilio de Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo, expidieron normas permitiendo que las sociedades domiciliadas en dichos Estados pudieran redomiciliarse en el extranjero



sometiéndose a las leyes de su nueva jurisdicción de domicilio. Hablando de estas disposiciones gubernamentales de emergencia, Meyer y Torczyer señalaban en un artículo publicado en la *Columbia Law Review* en 1943:

Una característica común a todos estos decretos es su finalidad de redimir a las corporaciones expatriadas del pecado de haberse originado en territorios hoy ocupados por el enemigo. Este desacoplamiento viene acompañado por disposiciones que expresamente invalidan el ejercicio de funciones corporativas dentro del territorio ocupado, y correspondientemente aumentan los poderes de los funcionarios y accionistas de la sociedad que estuviesen fuera del control del enemigo. Este incremento de poder está a su vez acompañado de un poder gubernamental absoluto [de los gobiernos en el exilio] para la confirmación, nombramiento, suspensión o remoción de tales funcionarios (Meyer, 1943, p. 367).

Una situación parecida, aunque sin duda de diferente grado, se dio ante la declaración unilateral de independencia que se produjo en Cataluña en 2017. En este contexto, el 6 de octubre el gobierno de España expidió el Real Decreto Ley 15/2017, norma de urgencia modificatoria del artículo 285 de la Ley de Sociedades de Capital española, dictada con la finalidad de facilitar que un acuerdo de cambio de domicilio social pudiera ser adoptado por el Consejo de Administración, sin necesidad de consultar a la Junta General de Accionistas. Al respecto, la prensa especializada señalaba poco tiempo después:

Dicha aclaración ha permitido que, ante la incertidumbre de la situación de crisis política y económica en Cataluña, las empresas se protejan en defensa de los intereses de sus clientes y accionistas, sobre todo ante una declaración de independencia unilateral de Cataluña. Desde la modificación del artículo 285.2 de la LSC, más de dos mil seiscientas empresas con sede en Cataluña han trasladado su domicilio social fuera de la Comunidad Autónoma (...). Entre ellas, seis empresas catalanas cotizadas en el Ibex 35 ya han materializado el cambio del domicilio: Sabadell, Gas Natural, CaixaBank, Abertis, Cellnex y Colonial (...). (Linares, 2017).

De la misma manera, una sociedad puede verse impulsada a establecer su domicilio en otra jurisdicción para evitar las consecuencias fiscales, regulatorias o reputacionales negativas que puede tener el estar domiciliada en un Estado considerado territorio de baja o nula imposición (o “paraíso fiscal”) o en un país sujeto a sanciones como consecuencia de situaciones políticas o militares.

4.3. Protección de Inversiones

Una razón que con alguna frecuencia puede impulsar un cambio de domicilio a nivel internacional es la búsqueda de una protección jurídica internacional más eficaz para las inversiones jurídicas que una sociedad tiene en un determinado Estado.

Un inversionista nacional de un Estado que tiene inversiones en el mismo Estado gozará de las protecciones jurídicas que el Derecho interno del Estado le ofrece para sus inversiones, pero tendrá dificultades para recurrir a una protección internacional, sobre todo en casos en los que el Derecho interno del Estado en cuestión se modifique adversamente. En cambio,

si las inversiones en cuestión fueran de un inversionista extranjero, este tendrá muchas veces acceso a una red de protección jurídica mucho más potente, conformada no solo por el Derecho internacional consuetudinario sobre inversiones, sino también por tratados concretos de protección de inversiones, tales como los tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones y los tratados multilaterales de protección de inversiones.

Como se sabe, existe un amplio marco jurídico internacional destinado a proteger las inversiones de los nacionales de un Estado en otros Estados, de medidas arbitrarias, abusivas, o, en general, contrarias al Derecho Internacional, por parte del Estado receptor de la inversión. Este marco normativo incluye, entre otros, tratados bilaterales de inversión y tratados multilaterales de inversión. De esta forma, por ejemplo, una sociedad constituida y con operaciones en un determinado Estado, podría pretender cambiar su domicilio social a otro Estado con el objeto de alcanzar la protección jurídica internacional que tienen las inversiones de sociedades de este último Estado en el primero a nivel de tratados de protección de inversiones. Para efectos del alcance subjetivo de cada tratado y la determinación de si una determinada sociedad se encuentra protegida por éste o no, la cuestión del domicilio social es relevante, aunque no necesariamente la única o la determinante.

Uno de los casos más citados a nivel internacional, en los que se debatió la nacionalidad de las personas jurídicas es el caso *Barcelona Traction Light and Power Company Limited (España vs. Bélgica)*, el cual tuvo lugar en el seno de la Corte Internacional de Justicia y que fue resuelto en el año 1970. La Corte desarrolló las diferentes bases sobre las cuales puede establecerse la nacionalidad de una sociedad de la siguiente forma:

Al asignar entidades corporativas a los Estados a los efectos de la protección diplomática, el derecho internacional se basa, pero sólo en una medida limitada, en una analogía con las normas que rigen la nacionalidad de los particulares. La norma tradicional atribuye el derecho de protección diplomática de una entidad societaria al Estado bajo cuyas leyes está constituida y, en cuyo territorio, tiene su domicilio social. Estos dos criterios han



sido confirmados por una práctica prolongada y por numerosos instrumentos internacionales. No obstante, a veces se dice que se requieren vínculos adicionales o diferentes para que exista un derecho de protección diplomática. De hecho, ha sido práctica de algunos Estados conceder a una sociedad constituida en virtud de su legislación protección diplomática únicamente cuando tiene su sede (sede social) o su centro de gestión de control en su territorio, o cuando la mayoría o una proporción sustancial de las acciones es de propiedad de nacionales del Estado de que se trate (Corte Internacional de Justicia, 1970).

Según la Corte, la teoría del control ofrece una serie de inconvenientes; ya que, si la nacionalidad de la persona jurídica se establece en virtud de la nacionalidad de los socios que ostentan la mayoría de las acciones, la nacionalidad de la sociedad se encuentra en un estado de constante mutación, lo que genera una situación de inseguridad jurídica. Además, se señala que no se debe confundir la personalidad jurídica de la sociedad con la de los accionistas, dado que cada uno posee un conjunto de deberes y derechos distintos. Es por ello por lo que, para la Corte, la nacionalidad de la persona jurídica se deberá determinar por las leyes del Estado por las cuales se hubiese constituido si su sede real está ubicada en dicho Estado.

Si bien en la decisión del caso Barcelona Traction la Corte señaló que la sede real debía también estar ubicada en el lugar del domicilio estatutario para que este resulte determinante, este último tiene cada vez mayor importancia en la definición de la nacionalidad de una sociedad. Incluso el proyecto de artículos en materia de protección diplomática de la Comisión de Derecho Internacional establece que la nacionalidad de una sociedad corresponde “al Estado bajo cuyas leyes se constituyó la sociedad”, considerando que se trata del criterio más importante para establecer la nacionalidad (Brown y Rahman, 2016, p. 170).

Esta cuestión, en el contexto contemporáneo, es explicada por Elena Miremskaya en los siguientes términos:

La determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas en el derecho internacional contemporáneo se desarrolla en un ambiente de tensión creada por la oposición de dos principios. Por un lado, se encuentra el principio de la personalidad jurídica propia de la sociedad, distinta a la de los socios. De ello se desprende que la nacionalidad de las sociedades se determina *prima facie* por el lugar de su constitución. El principio opuesto puede describirse en forma abreviada como el de la realidad económica y permite, en casos excepcionales, pasar por alto la personalidad jurídica propia de las sociedades y juzgar la conducta de las personas naturales que se encuentran tras su apariencia (2005, p. 17).

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, que estableció el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), prevé su artículo 25(1) que:

La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre

un Estado Contratante (...) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro.

El Convenio no define cómo se establece la nacionalidad de una sociedad a efectos de determinar si se le debe considerar como un “nacional de otro Estado Contratante” para efectos del acceso al CIADI. Para ello, se considera determinante, normalmente, la definición de nacionalidad que exista en el tratado o acuerdo concreto en el que conste el consentimiento a arbitrar bajo el CIADI, o en su defecto, la forma de definición de la nacionalidad bajo el Derecho interno del Estado inversor o bajo el Derecho internacional. Como lo ha señalado Sinclair, “La jurisdicción CIADI puede acomodar la libertad de los Estados de legislar qué entidades pueden considerarse sus nacionales y de acordar esos criterios, sujeto a los límites del Convenio” (2008, p. 87).

A nivel de tratados de protección de inversiones, el criterio de domicilio estatutario es con frecuencia el criterio básico o fundamental para establecer cuándo una sociedad se considera nacional de uno de los Estados parte del tratado, para efectos del acceso a la protección que éste establece; aunque dicho criterio puede ser moderado con requisitos basados en el criterio de la sede real o ampliado para incluir sociedades constituidas fuera del Estado parte pero controladas por nacionales de este. A tal efecto, pueden resultar ilustrativos algunos ejemplos.

El Convenio entre el Gobierno de la República del Perú -por una parte- y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa -por la otra- sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 12 de octubre de 2005, por ejemplo, define “empresas” como:

[...]cualquier persona jurídica constituida de acuerdo con la legislación del Reino de Bélgica, del Gran Ducado de Luxemburgo o de la República del Perú y teniendo su oficina registrada en el territorio del Rein o de Bélgica, del Gran Ducado de Luxemburgo o de la República del Perú respectivamente.

De esta manera, para el acceso al tratado bastaría que una sociedad esté constituida en uno de los Estados parte y tenga allí su oficina registrada, aunque no tenga su sede



real en el territorio de dicho Estado (centro de administración u operaciones) ni sus accionistas sean de nacionalidad de este.

En cambio, en el caso del Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Italiana sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de 5 de mayo de 1994, la definición de persona jurídica está basada en el criterio de sede real, pues comprende a:

[...]cualquier entidad que tenga su oficina principal en el territorio de una de las Partes Contratantes y esté reconocida por ella, tales como instituciones públicas y privadas, corporaciones, sociedades de personas, fundaciones y asociaciones, sin considerar si su responsabilidad es o no limitada.

Por su parte, el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República del Perú y el Reino de España de 17 de noviembre de 1994 tiene un criterio diferente, pues habla de control efectivo y en la definición de inversiones incluye a las “personas jurídicas, incluidas compañías, asociaciones de compañías, sociedades mercantiles y otras organizaciones que se encuentren constituidas o, en cualquier caso, debidamente organizadas según el derecho de esa parte contratante y estén controladas efectivamente en el territorio de esa misma parte”. No existe, pues, una definición única, aunque las que se utilizan normalmente contienen el domicilio social como criterio importante e incluso principal.

Es en este contexto que el criterio del lugar de constitución o del domicilio estatutario adquiere especial importancia, ya que es el que muchas veces se refleja en los tratados de protección recíproca de inversiones, prevalece en los Derechos nacionales y tiene el mayor reconocimiento a nivel del Derecho internacional. De esta forma, un inversionista o grupo de inversionistas podría decidir el traslado transfronterizo del domicilio social de una sociedad inversionista con la finalidad de adquirir una condición que le permita acceder a un determinado tratado o red de tratados de protección para su inversión en un determinado Estado. El traslado podría ser del propio Estado receptor de la inversión a un Estado extranjero, o de un Estado extranjero a otro. Como se comprenderá, sin embargo, esta migración societaria no necesariamente dará efectivamente acceso a la protección buscada, pues puede ser rechazada bajo el argumento de que se trata simplemente de un supuesto artificial de “*treaty shopping*”.

La cuestión de si una sociedad cuyo domicilio había sido trasladado del Estado receptor de la inversión a un Estado extranjero que gozaba de un tratado bilateral de protección de inversiones con el país receptor de la inversión fue discutida en el caso *Transban Investments Corp. Contra República Bolivariana de Venezuela*, seguido ante un tribunal CIADI (Caso CIADI No. ARB/12/24). El demandante, *Transban Investments Corp.* (“*Transban*”) era una sociedad constituida originalmente en Venezuela pero que había trasladado su domicilio social a Barbados -es decir, había sido objeto de

una transformación transfronteriza. *Transban* reclamaba la aplicación a su favor de las protecciones del Tratado de Protección Recíproca de Inversiones entre Barbados y Venezuela, alegando ser una sociedad nacional de Barbados. Venezuela disputaba la jurisdicción del Tribunal alegando que *Transban* no era una sociedad nacional de Barbados como lo exigían el Convenio CIADI y el Acuerdo de Protección Recíproca de Inversiones entonces vigente entre Barbados y Venezuela.

La disposición pertinente del Tratado Barbados-Venezuela era el artículo 1(d), que definía sociedades de la siguiente manera: “sociedades significa, con respecto a cada Parte Contratante, las corporaciones, consorcios y asociaciones organizadas o constituidas de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente de la respectiva parte contratante”.

Para Venezuela, *Transban* no cumplía con este requisito pues había sido constituida de acuerdo con la legislación de Venezuela y ello no había cambiado por el hecho de que se hubiera “redomiciliado” a Barbados y transformado en una sociedad de ese país. “Venezuela alega que *Transban* no satisface este requisito ya que fue constituida con arreglo a la legislación de Venezuela en el año 1996, no a la de Barbados, y simplemente cambió su domicilio a Barbados el 1 de agosto de 2001, hecho que no significa un cambio en su nacionalidad” (*Transban v. Venezuela*, núm 95).

En cambio, *Transban* sostenía que en virtud de la redomiciliación internacional a Barbados, debía ser considerada para todos sus efectos como una sociedad constituida en su jurisdicción ya que eso era lo que establecía la legislación de Barbados.

Transban explica que la Ley de Sociedades de Barbados considera a las sociedades que establecen su nuevo domicilio en Barbados como resultado de su continuidad de la misma manera que a las sociedades originalmente constituidas en Barbados: el Artículo 356.2 (2) de la Ley de Sociedades de Barbados dispone que las actas de continuidad se convierten en las actas constitutivas de la sociedad, que el certificado de continuidad constituye el certificado de constitución, y que



la Ley de Sociedades de Barbados es aplicable a una sociedades que mantuvo su continuidad como si la sociedad hubiese sido constituida conforme a la presente Ley (Transban v. Venezuela, núm. 106).

El Tribunal declaró fundada la excepción de jurisdicción planteada por Venezuela. Para ello consideró que la continuación (o transformación transfronteriza) bajo la Ley de Sociedades de Barbados no era exactamente igual que la constitución. A tal efecto se fijó en el Acta de Continuidad extendida en Barbados, donde se hacía referencia a la constitución original de la sociedad en Venezuela.

Surge de lo que antecede que, en sentido estricto, Transban no estaba, en los términos del TBI, “organizada o constituida de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente de Barbados”, sino que, por el contrario, se había trasladado y “continuaba en Barbados de conformidad con las disposiciones relevantes de la Ley de Sociedades de Barbados” (Transban v. Venezuela, num. 143).

Asimismo, para el Tribunal,

[...]no puede considerarse a Transban “constituida de acuerdo con el ordenamiento jurídico de Barbados” según la utilización del término en la definición de sociedades en el TBI. El sentido corriente de “constituir” es “establecer”, “formarse”. Ese fenómeno, según el Tribunal, corresponde a la constitución “original” de una sociedad en Barbados, y no a la continuación de una sociedad originalmente extranjera (Transban v. Venezuela, núm. 173-174).

El Tribunal tomó en consideración, además, que la legislación venezolana no tenía ninguna norma que habilitase el traslado internacional del domicilio (lo cual, como veremos, es un componente esencial para poder llevar a cabo propiamente una transformación transfronteriza) y que, de hecho, la partida registral venezolana de Transban no se había cancelado.

La decisión del caso *Transban v. Venezuela* es ilustrativa del tipo de defensa que se puede plantear en una reclamación internacional en un caso de transformación transfronteriza. Sin embargo, no se trata de una decisión que establece una regla o principio general. El Tribunal se basó en una interpretación muy particular del texto de la Ley de Sociedades de Barbados.

Generalmente, se reconoce a la búsqueda de una mejor protección internacional de las inversiones como un motivo legítimo para realizar una redomiciliación. Esta redomiciliación se considerará de buena fe, siempre que se realice de forma previa al surgimiento de un evento o medida disputada posteriormente en un arbitraje internacional (*Pac Rim Cayman v. la República de El Salvador*, núm. 2.47). Sin embargo, dejará de ser una medida legítima si la redomiciliación se realiza cuando la disputa futura podía preverse con una alta probabilidad (*Pac Rim Cayman v. la República de El Salvador*, núm. 2.99).

La redomiciliación realizada una vez que el inversionista conoce eventos que afectan su inversión y que podrían llevar

a un arbitraje es considerada como un abuso. En ese sentido, la redomiciliación, en principio legítima, se convierte en ilegítima, por haber sido realizada con miras a cuestionar internacionalmente una medida particular que, de otra forma, no podría haber sido cuestionada (*Lao Holdings N.V. v. la República Popular Democrática de Laos*, num 70).

Incluso, los Estados han tomado consciencia del riesgo de *treaty* y *forum shopping* derivado de las redomiciliaciones, por lo que se han empezado a incluir en los tratados de protección de inversiones cláusulas, denominadas *anti circumvention*, destinadas a limitar la jurisdicción de los tribunales arbitrales si la redomiciliación fue realizada con el propósito de obtener protección internacional, específicamente para la controversia en cuestión. Por ejemplo, el artículo 3.7.5 del Acuerdo de Protección de Inversiones entre Singapur y la Unión Europea establece lo siguiente:

For greater certainty, the Tribunal shall decline jurisdiction where the dispute had arisen, or was very likely to arise, at the time when the claimant acquired ownership or control of the investment subject to the dispute, and the Tribunal determines based on the facts that the claimants has acquired ownership or control of the investment for the main purpose of submitting the claim under this Section.

En ese sentido, si bien evitar riesgos de la sociedad mediante la obtención de un mejor régimen de protección internacional de las inversiones es una razón legítima para realizar una redomiciliación, esta debe realizarse antes de que se pueda prever una controversia específica. De lo contrario, es posible que un Tribunal considere que la redomiciliación carece de efectos para determinar la nueva nacionalidad de la persona jurídica demandante y no reconozca acceso a las garantías materiales del tratado, ni al arbitraje internacional de inversiones.

4.4. Razones de índole Tributario

El domicilio social es un criterio importante -a veces determinante- para establecer la afectación de una sociedad a la potestad tributaria de un determinado Estado. Como lo explica Cristina Chang en una ponencia presentada en las X Jornadas de Derecho Tributario,



[...]la potestad de un Estado de poder gravar con el impuesto una determinada renta se encuentra sujeta a algún tipo de conexión o vinculación entre la renta generada y el referido Estado. Estos criterios de vinculación pueden ser subjetivos u objetivos. Son subjetivos cuando la renta se encuentra gravada con el impuesto en función a cualidades personales de quien recibe la renta, como sería la nacionalidad o el domicilio, tratándose de personas naturales, o el lugar de constitución o sede efectiva, en el caso de compañías (...) (2008, p. 39).

Más adelante, Chang señala que:

Tratándose de personas jurídicas, el domicilio de éstas se determina básicamente en función de dos criterios, el país donde dichas personas fueron constituidas -que por lo general coincide con su registro-, y el país donde se encuentra la sede real de la compañía, es decir donde esta realiza o lleva a cabo sus principales actividades o tiene su administración central. Si bien muchos países combinan ambos criterios, tratando a las personas jurídicas como domiciliadas si cualquiera de los dos supuestos se cumple, en la legislación comparada, tal como sucede en el Perú, el criterio predominante resulta ser el primero (2008, p. 40).

En este contexto, la redomiciliación internacional podría ser una manera en la que una sociedad cambie el Estado de su domicilio para efectos fiscales y, por lo tanto, salga de la jurisdicción tributaria de un Estado -al menos parcialmente- y pase a establecerse bajo la jurisdicción tributaria de otro Estado. Visto esto desde la óptica del Estado de destino, el traslado hacia el país de un nuevo contribuyente desde el extranjero no tendría que ser percibido como algo negativo, ya que implica el ingreso de un nuevo contribuyente a quien gravar, por lo que normalmente no presenta mayores problemas para ser aceptado regulatoriamente.

No sucede lo mismo con el Estado de origen en una emigración corporativa, que con el cambio internacional de domicilio puede perder un factor de conexión con un contribuyente y por lo tanto ver menoscabada su capacidad para gravarlo. Esto, naturalmente, es algo negativo desde el punto de vista recaudatorio. Al respecto, señala Chang:

El problema que se presenta cuando una compañía cambia su domicilio a otro país antes de enajenar sus bienes es que el país de origen corre el riesgo de perder el derecho a gravar la ganancia que eventualmente generarían dichos bienes. En este contexto es que muchos países optan por regular el impuesto de salida, el que, básicamente, consiste en gravar la supuesta ganancia obtenida por la compañía redomiciliada por la enajenación de sus bienes, aun cuando dicha ganancia no se hubiese realizado al no existir ninguna enajenación. Es decir, se grava la renta que se hubiera generado si los bienes de la compañía redomiciliada se hubieren enajenado a valor de mercado. Justamente, lo que hace este impuesto es gravar "la salida" de la compañía domiciliada a otro país (2008, p. 48).

Por ello, a este tipo de impuestos se les denomina generalmente como "exit tax". Cuando existe este tipo de tributos en una jurisdicción, la redomiciliación internacional *outbound* puede tener un costo fiscal prohibitivo.

Por otro lado, incluso en los casos en los que el traslado del domicilio social no se realiza con una finalidad tributaria en sí, la transformación transfronteriza puede ser una forma eficiente tributariamente para lograr un cambio del domicilio social que tenga una finalidad extra-tributaria (como, por ejemplo, evitar riesgos políticos, optimizar la protección de inversiones, o buscar un mejor régimen societario). En estos casos, debido a que la transformación transfronteriza es una operación en la que no existe transferencia patrimonial ni cambio en los puestos de socio, puede resultar una forma más simple y menos costosa desde el punto de vista tributario de realizar el cambio de domicilio buscado, frente a mecanismos alternativos como el aporte de las acciones a una sociedad holding, la fusión transfronteriza, o el aporte o transferencia del negocio en sí. Todo ello, obviamente, si no existe un "exit tax" o impuesto de salida en la jurisdicción de origen.

5. Un ejemplo de Derecho Comparado - La Fusión Transfronteriza en la Unión Europea

El tratamiento de la transformación transfronteriza en el Derecho de la Unión Europea resulta particularmente ilustrativo sobre la problemática de estas operaciones.

En primer lugar, el Derecho europeo ilustra la relación existente entre el derecho de las sociedades a cambiar su domicilio de una jurisdicción a otra y la libertad de empresa. Ello, al extremo de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha entendido que dicho derecho es parte consistente de la libertad de establecimiento que garantiza el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En segundo lugar, siendo una jurisdicción internacional, la regulación de esta materia en la Unión Europea a nivel de la Directiva (UE) 2019/2121 ha debido contemplar tanto el tratamiento normativo de la redomiciliación internacional en los países de origen como en los países de destino, de forma que se trata de una regulación orgánica y sistemática, que contempla todo el proceso de transformación



transfronteriza desde el inicio hasta el final. Asimismo, se trata de una regulación que armoniza y equilibra los intereses de los Estados de origen y de los Estados de destino, ya que se aplica a los Estados miembros de la Unión Europea en ambas condiciones.

Finalmente, la Unión Europea es una jurisdicción en la que, no obstante los esfuerzos de armonización del Derecho de Sociedades, existen diferencias importantes en los Derechos nacionales, de modo que la regulación contenida en la Directiva ha tenido que ser lo suficientemente comprensiva y flexible como para dar cabida y marco a dicha diversidad regulatoria.

5.1. La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre libertad de establecimiento

El tratamiento del cambio internacional de domicilio de las sociedades en la Unión Europea no puede entenderse sin una obligada referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea basada en el derecho a la libertad de establecimiento establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (el "TFUE").

El derecho a la libertad de establecimiento es uno de los pilares fundamentales de la Unión Europea y se encuentra reconocido en el artículo 49 del TFUE en los siguientes términos:

En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro (...).

Este derecho no solo es aplicable a las personas naturales nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, sino también a las sociedades de dichos Estados en virtud de lo dispuesto en el artículo 54 del TFUE:

Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedarán equiparadas, a efectos de la aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

Por sociedades se entiende a las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso a las sociedades cooperativas, y a las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo.

La relación entre el derecho a la libertad de establecimiento y la posibilidad de que una sociedad traslade su domicilio social de un Estado a otro dentro de la Unión Europea ha sido objeto de una serie de importantes decisiones del Tribunal

de Justicia de la Unión Europea, todas ellas anteriores a la Directiva (UE) 2019/2121⁽²⁾ y que fueron claves para impulsar la regulación de la transformación transfronteriza a nivel de la Unión. De estas decisiones, nos interesa destacar dos que entran de centro en la cuestión de la transformación transfronteriza y finalmente derivaron en la consagración de esta institución a nivel del derecho positivo de la Unión Europea a través de la Directiva (UE) 2019/2121: las decisiones de los casos *Cartesio* y *Polbud*.

Cartesio era una sociedad comanditaria constituida y domiciliada en Hungría. Sus socios eran personas naturales de nacionalidad húngara. La sociedad acordó el traslado de su sede real a Italia y solicitó al Registro Mercantil húngaro registrar la modificación estatutaria referida al cambio del domicilio social, manteniendo a *Cartesio* como sociedad húngara. El Registro denegó la solicitud considerando que, de acuerdo con la ley húngara, solo podían existir y estar sujetas a la ley húngara sociedades cuya sede real estuviese ubicada en Hungría. *Cartesio* pretendía trasladar su sede real a Italia, por lo que la consecuencia, según el Registro, era su disolución y liquidación. Ante ello, la sociedad recurrió judicialmente, argumentando que la libertad de establecimiento garantizada en la Unión Europea protegía su derecho a trasladar su domicilio real a Italia sin menoscabo de su personalidad jurídica bajo la ley húngara.

En la decisión, el Tribunal reconoce que los Estados miembros pueden establecer distintos criterios de conexión para determinar las sociedades que pueden constituirse o existir bajo su legislación societaria ("*lex societatis*") y pueden establecer como requisito para la existencia de una sociedad bajo su propia ley el que la sociedad tenga su sede real en el territorio del Estado en cuestión. Sin embargo, indica también que lo que no pueden hacer los Estados miembros, por constituir ello una restricción no admisible a la libertad de establecimiento es impedir que una sociedad constituida bajo su Derecho nacional pueda transferir su existencia y su

(2) Al respecto, véase Bueno, 2020, pp. 1042 y ss.; Martínez Rivas, 2009, pp. 132 y ss.



personalidad a otro Estado miembro de la Unión Europea y subsistir en ese otro Estado sin pasar por un proceso de disolución y liquidación. De esta forma, el Tribunal concluye que la transformación transfronteriza es una exigencia de las disposiciones sobre libertad de establecimiento del TFUE.

El razonamiento del Tribunal es bastante ilustrativo y creo que merece ser citado *in extenso*:

99. Mediante su cuarta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide esencialmente que se dilucide si los artículos 43 CE y 48 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que impide a una sociedad constituida en virtud del Derecho nacional de ese Estado miembro trasladar su domicilio a otro Estado miembro manteniendo su condición de sociedad regida por el Derecho nacional del Estado miembro con arreglo a cuya legislación fue constituida.

100. De la resolución de remisión se desprende que Cartesio, sociedad constituida de conformidad con la legislación húngara y que, con ocasión de su constitución, estableció su domicilio en Hungría, trasladó ese domicilio a Italia, pero desea conservar su condición de sociedad de Derecho húngaro.

101. Según la cégnyilvántartásról, a cégnyilvánosságról és a bírósági cégeljárásról szóló törvény, el domicilio de una sociedad de Derecho húngaro se encuentra en el lugar en que se halle el centro de dirección de sus operaciones.

102. El órgano jurisdiccional remitente señala que la solicitud de inscripción en el registro mercantil del cambio del domicilio de Cartesio presentada por ésta fue desestimada por el tribunal competente para la llevanza de dicho registro por considerar que, en Derecho húngaro, una sociedad constituida en Hungría no puede trasladar su domicilio, tal como se define en dicha Ley, al extranjero y, al mismo tiempo, seguir estando sujeta a la ley húngara, como ley que regula su estatuto jurídico.

103. Puntualiza que tal traslado exige que, con anterioridad, la sociedad deje de existir y se constituya nuevamente de conformidad con el Derecho del país en cuyo territorio desea establecer su nuevo domicilio.

104. A este respecto, el Tribunal de Justicia recordó en el apartado 19 de la sentencia *Daily Mail and General Trust*, antes citada, que una sociedad creada en virtud de un ordenamiento jurídico nacional sólo tiene existencia a través de la legislación nacional que regula su constitución y su funcionamiento.

105. En el apartado 20 de la misma sentencia, el Tribunal de Justicia señaló que las legislaciones de los Estados miembros difieren ampliamente en lo que atañe tanto al vínculo de conexión con el territorio nacional exigido con miras a la constitución de una sociedad, como a la posibilidad de que una sociedad constituida de conformidad con tal legislación modifique posteriormente ese vínculo de conexión. Algunas legislaciones exigen que esté situado en su territorio no sólo el domicilio estatutario, sino también el domicilio real, es decir, la administración central de la sociedad, de forma que el desplazamiento de la administración central fuera de ese territorio supone la disolución de la sociedad, con todas las consecuencias que dicha disolución implica en el plano del Derecho de sociedades. Otras legislaciones reconocen a las sociedades el derecho a trasladar su administración central al

extranjero, pero algunas de éstas someten ese derecho a determinadas restricciones, y las consecuencias jurídicas del traslado varían de un Estado miembro a otro.

106. Además, el Tribunal de Justicia indicó, en el apartado 21 de la misma sentencia, que el Tratado CEE tuvo en cuenta dicha disparidad de las legislaciones nacionales. Al definir en el artículo 58 de dicho Tratado (posteriormente artículo 58 del Tratado CE, actualmente artículo 48 CE) las sociedades que pueden disfrutar del derecho de establecimiento, el Tratado CEE puso en pie de igualdad el domicilio estatutario, la administración central y el establecimiento principal de una sociedad como criterio de conexión.

107. En la sentencia de 5 de noviembre de 2002, *Überseering* (C-208/00, Rec. p. I-9919, apartado 70), al confirmar dichas consideraciones, el Tribunal de Justicia dedujo de ellas que la posibilidad de una sociedad constituida conforme a la legislación de un Estado miembro de trasladar su domicilio social, estatutario o efectivo, a otro Estado miembro sin perder la personalidad jurídica que ostenta en el ordenamiento jurídico del Estado miembro de constitución y, en su caso, los procedimientos de dicho traslado, están determinados por la legislación nacional conforme a la cual se haya constituido. De ello infirió que un Estado miembro puede imponer a una sociedad constituida en virtud de su ordenamiento jurídico restricciones al traslado de su domicilio social efectivo fuera de su territorio para poder conservar la personalidad jurídica que posea en virtud del Derecho de ese mismo Estado miembro.

108. Por otra parte, debe señalarse que el Tribunal de Justicia llegó igualmente a dicha conclusión sobre la base del texto del artículo 58 del Tratado CEE. En efecto, al definir en dicho artículo las sociedades que pueden gozar del derecho de establecimiento, el Tratado CEE consideró la divergencia entre las legislaciones nacionales por lo que se refiere tanto al criterio de conexión exigido para las sociedades regidas por dichas legislaciones como a la posibilidad y, en su caso, al procedimiento para el traslado del domicilio, estatutario o real, de una sociedad de Derecho nacional de un Estado miembro a otro como una dificultad no resuelta por las normas sobre el Derecho de establecimiento, pero que debe serlo por medio de trabajos legislativos o convencionales, los cuales aún no han culminado (véanse, en este sentido, las citadas sentencias *Daily Mail and General Trust*, apartados 21 a 23, y *Überseering*, apartado 69).



109. Por consiguiente, con arreglo al artículo 48 CE, a falta de una definición uniforme dada por el Derecho comunitario de las sociedades que pueden gozar del derecho de establecimiento en función de un criterio de conexión único que determine el Derecho nacional aplicable a una sociedad, la cuestión de si el artículo 43 CE se aplica a una sociedad que invoque la libertad fundamental consagrada por dicho artículo, a semejanza, por lo demás, de la cuestión de si una persona física es un nacional de un Estado miembro que, por este motivo, puede gozar de dicha libertad, constituye una cuestión previa que, en el estado actual del Derecho comunitario, sólo se puede responder sobre la base del Derecho nacional aplicable. Por lo tanto, únicamente si se comprueba que esa sociedad goza efectivamente de la libertad de establecimiento teniendo en cuenta los requisitos establecidos en el artículo 48 CE se plantea la cuestión de si tal sociedad se enfrenta a una restricción de dicha libertad en el sentido del artículo 43 CE.

110. En consecuencia, un Estado miembro ostenta la facultad de definir tanto el criterio de conexión que se exige a una sociedad para que pueda considerarse constituida según su Derecho nacional y, por ello, pueda gozar del derecho de establecimiento como el criterio requerido para mantener posteriormente tal condición. La referida facultad engloba la posibilidad de que ese Estado miembro no permita a una sociedad que se rige por su Derecho nacional conservar dicha condición cuando pretende reorganizarse en otro Estado miembro mediante el traslado de su domicilio al territorio de éste, rompiendo así el vínculo de conexión que establece el Derecho nacional del Estado miembro de constitución.

111. No obstante, semejante caso de traslado del domicilio de una sociedad constituida según el Derecho de un Estado miembro a otro Estado miembro sin cambio del Derecho por el que se rige debe distinguirse del relativo al traslado de una sociedad perteneciente a un Estado miembro a otro Estado miembro con cambio del Derecho nacional aplicable, transformándose la sociedad en una forma de sociedad regulada por el Derecho nacional del Estado miembro al que se traslada.

112. En efecto, en este último caso, la facultad a que se ha aludido en el apartado 110 de la presente sentencia, lejos de implicar algún tipo de inmunidad de la normativa nacional en materia de constitución y de disolución de sociedades a la luz de las normas del Tratado CE relativas a la libertad de establecimiento, no puede, en particular, justificar que el Estado miembro de constitución, imponiendo la disolución y la liquidación de esa sociedad, impida que ésta se transforme en una sociedad de Derecho nacional del otro Estado miembro, siempre que ese Derecho lo permita.

113. Semejante obstáculo a la transformación efectiva de tal sociedad sin disolución y liquidación previas en una sociedad de Derecho nacional del Estado miembro al que ésta desea trasladarse restringiría la libertad de establecimiento de la sociedad interesada de manera que, salvo si la restricción estuviera justificada por una razón imperiosa de interés general, estaría prohibida en virtud del artículo 43 CE (véase, en este sentido, en particular, la sentencia CaixaBank France, antes citada, apartados 11 y 17). (I - 9699 sentencia del 16.12.2008 - ASUNTO C-210/06 1).

De esta forma, si bien Hungría podía exigir que una sociedad húngara tenga su sede real en Hungría, lo que implicaba su potestad de impedir que una sociedad húngara

establezca su sede real en Italia y continúe existiendo como sociedad húngara, lo que no podía hacer Hungría era limitar el derecho de dicha sociedad húngara a transformarse en una sociedad italiana, imponiéndole la necesidad de disolverse y liquidarse para trasladar su domicilio a ese país.

En el caso Polbud, resuelto en el 2017, el TJUE dio un paso adicional y definitivo para la consagración del derecho a la transformación transfronteriza de sociedades en la Unión Europea. En este caso, una sociedad polaca acordó el traslado de su domicilio estatutario a Luxemburgo, para someterse a la legislación luxemburguesa como nueva *lex societatis*, pero sin trasladar la sede real o lugar principal de operaciones, que se mantenía en Polonia. En ello, la situación fáctica era distinta a la que el TJUE había resuelto en el caso Cartesio, en el que la sociedad húngara pretendía trasladar su sede real a Italia.

En el caso Polbud el Tribunal señaló que permitir la transformación transfronteriza era una exigencia del derecho a la libertad de establecimiento, incluso en los casos en los que la sociedad no pretendía trasladar sus operaciones o su sede real a la nueva jurisdicción. Ello, en la medida que la nueva jurisdicción no contemplase como exigencia, para las sociedades allí establecidas, la existencia de la sede real en el territorio del Estado receptor.

El razonamiento empleado por el Tribunal es el siguiente:

29. Mediante su tercera cuestión prejudicial, que procede examinar en primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, esencialmente, si los artículos 49 TFUE y 54 TFUE deben interpretarse en el sentido de que la libertad de establecimiento es aplicable al traslado del domicilio social de una sociedad constituida con arreglo al Derecho de un Estado miembro al territorio de otro Estado miembro, a efectos de su transformación en una sociedad regida por el Derecho de ese otro Estado miembro, sin que se desplace el domicilio real de la mencionada sociedad.

30. Los Gobiernos polaco y austríaco alegan que los artículos 49 TFUE y 54 TFUE no se aplican a un traslado del domicilio de una sociedad como el controvertido en el litigio principal. Según el Gobierno austríaco, la libertad de establecimiento no puede invocarse



cuando el traslado del domicilio no viene motivado por el ejercicio de una actividad económica efectiva mediante una instalación permanente en el Estado miembro de acogida. El Gobierno polaco invoca, en particular, las sentencias de 27 de septiembre de 1988, *Daily Mail and General Trust* (81/87, EU:C:1988:456), y de 16 de diciembre de 2008, *Cartesio* (C210/06, EU:C:2008:723), para justificar la conclusión a la que llega, conforme a la cual un traslado del domicilio de una sociedad, como el controvertido en el litigio principal, no está comprendido en el ámbito de aplicación de los artículos 49 TFUE y 54 TFUE.

31. Esta tesis no puede acogerse.

32. En efecto, procede señalar que el artículo 49 TFUE, en relación con el artículo 54 TFUE, reconoce la libertad de establecimiento a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión Europea. Por tanto, una sociedad como *Polbud*, que ha sido constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro, en este caso la normativa polaca, puede, en principio, invocar esta libertad.

33. Con arreglo al artículo 49 TFUE, párrafo segundo, en relación con el artículo 54 TFUE, la libertad de establecimiento para las sociedades mencionadas en este último artículo comprende, en particular, la constitución y la gestión de dichas sociedades en las condiciones fijadas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propias sociedades. Comprende también el derecho de una sociedad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro a transformarse en una sociedad sometida a la legislación de otro Estado miembro (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de septiembre de 1988, *Daily Mail and General Trust*, 81/87, EU:C:1988:456, apartado 17), siempre que cumpla los requisitos establecidos por la legislación de ese otro Estado miembro y, en particular, el criterio adoptado por éste para establecer los puntos de conexión de una sociedad con su ordenamiento jurídico nacional.

34. A este respecto, es preciso recordar que, a falta de uniformización en el Derecho de la Unión, la definición del criterio de conexión que determina el Derecho nacional aplicable a una sociedad es, conforme al artículo 54 TFUE, competencia de cada Estado miembro, ya que el mencionado artículo hizo equivalentes el domicilio social, la administración central y el centro de actividad principal de una sociedad como vínculo de esa conexión (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de septiembre de 1988, *Daily Mail and General Trust*, 81/87, EU:C:1988:456, apartados 19 a 21).

35. De ello resulta, en el presente asunto, que la libertad de establecimiento otorga a *Polbud*, sociedad sometida al Derecho polaco, el derecho a transformarse en una sociedad regida por el Derecho luxemburgués siempre que cumpla los requisitos para la constitución fijados por la legislación luxemburguesa y, en particular, el criterio adoptado por Luxemburgo para establecer los puntos de conexión de una sociedad con su ordenamiento jurídico nacional.

36. Esta conclusión no queda desvirtuada por las alegaciones planteadas por los Gobiernos polaco y austriaco.

37. En primer lugar, el argumento del Gobierno austriaco relativo a la falta de actividad económica efectiva de *Polbud* en el Estado miembro de acogida no puede prosperar.

38. En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la libertad de establecimiento es aplicable a una situación en la que una sociedad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro en el que tiene su domicilio social desea crear una sucursal en otro Estado miembro aun cuando esa sociedad sólo haya sido constituida en el primer Estado miembro con el objeto de establecerse en el segundo, donde ejercerá sus principales actividades económicas o incluso todas ellas (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de marzo de 1999, *Centros*, C212/97, EU:C:1999:126, apartado 17). Del mismo modo, una situación en la que una sociedad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro desea transformarse en una sociedad sometida al Derecho de otro Estado miembro, respetando el criterio adoptado por el segundo Estado miembro para establecer los puntos de conexión de una sociedad con su ordenamiento jurídico nacional, está comprendida en la libertad de establecimiento, aun cuando esa sociedad ejerza sus principales actividades económicas, o incluso todas ellas, en el primer Estado miembro.

39. Es preciso recordar además que la cuestión de la aplicabilidad de los artículos 49 TFUE y 54 TFUE es distinta de determinar si un Estado miembro puede tomar medidas para impedir que, recurriendo a las posibilidades que ofrece el Tratado, algunos de sus nacionales intenten eludir de modo abusivo la aplicación de su legislación nacional, teniendo presente que, conforme a reiterada jurisprudencia, un Estado miembro puede adoptar tales medidas (sentencias de 9 de marzo de 1999, *Centros*, C212/97, EU:C:1999:126, apartados 18 y 24, y de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art*, C167/01, EU:C:2003:512, apartado 98).

40. Sin embargo, cabe señalar que, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, no constituye un abuso en sí mismo el hecho de establecer el domicilio, social o real, de una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro con el fin de disfrutar de una legislación más ventajosa (véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de marzo de 1999, *Centros*, C212/97, EU:C:1999:126, apartado 27, y de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art*, C167/01, EU:C:2003:512, apartado 96).

41. De ello se desprende que, en el asunto principal, el hecho de que se haya decidido trasladar a Luxemburgo el domicilio social de *Polbud*, sin que ese traslado afecte al domicilio real de la sociedad no puede, por sí mismo, tener como consecuencia que ese traslado



no esté comprendido en el ámbito de aplicación de los artículos 49 TFUE y 54 TFUE.

42. En segundo lugar, en lo que respecta a las sentencias de 27 de septiembre de 1988, *Daily Mail and General Trust* (81/87, EU:C:1988:456), y de 16 de diciembre de 2008, *Cartesio* (C210/06, EU:C:2008:723), de ellas no resulta, contrariamente a lo alegado por el Gobierno polaco, que el traslado del domicilio social de una sociedad deba acompañarse necesariamente del traslado de su domicilio real para estar amparado por la libertad de establecimiento.

43. Por el contrario, se desprende de estas sentencias y de la sentencia de 12 de julio de 2012, *VALE Építési* (C378/10, EU:C:2012:440), que, en el estado actual del Derecho de la Unión, cada Estado miembro tiene la facultad de definir el criterio de conexión que se exige a una sociedad para que pueda considerarse constituida con arreglo a su legislación nacional. En el supuesto de que una sociedad que se rige por el Derecho de un Estado miembro se transforme en una sociedad sometida al Derecho de otro Estado miembro cumpliendo los requisitos impuestos por la legislación de éste para existir en su ordenamiento jurídico, dicha facultad, lejos de implicar ningún tipo de inmutabilidad de la legislación del Estado miembro de origen en materia de constitución o de disolución de sociedades a la luz de las normas relativas a la libertad de establecimiento, no puede justificar que el Estado miembro de constitución, en particular, imponiendo a dicha transformación transfronteriza requisitos más restrictivos que los que rigen la transformación de una sociedad en el interior de dicho Estado miembro, impida o disuada a la sociedad afectada de llevar a cabo esa transformación transfronteriza (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de septiembre de 1988, *Daily Mail and General Trust*, 81/87, EU:C:1988:456, apartados 19 a 21; de 16 de diciembre de 2008, *Cartesio*, C210/06, EU:C:2008:723, apartados 109 a 112, y de 12 de julio de 2012, *VALE Építési*, C378/10, EU:C:2012:440, apartado 32).

44. A la vista de lo anterior, procede responder a la tercer cuestión prejudicial que los artículos 49 TFUE y 54 TFUE deben interpretarse en el sentido de que la libertad de establecimiento es aplicable al traslado del domicilio social de una sociedad constituida de conformidad con el Derecho de un Estado miembro al territorio de otro Estado miembro, en orden a su transformación, conforme a los requisitos impuestos por la legislación de ese otro Estado miembro, en una sociedad regida por el Derecho de este último, sin que se desplace el domicilio real de la mencionada sociedad (cita).

En consecuencia, debido a que en el caso Luxemburgo no exigía que la sede real esté en territorio luxemburgués para que una sociedad pueda existir bajo su legislación, Polonia no podía imponer como condición a la redomiciliación de una sociedad polaca a Luxemburgo que la sede real se traslade también de Polonia a Luxemburgo.

Es importante destacar que la jurisprudencia del TJUE reconoce el derecho a la transformación transfronteriza -y la consiguiente obligación de los Estados miembros de permitir-la- tanto desde el punto de vista del Estado miembro de origen, en el sentido de que los Estados miembros deben permitir a las sociedades constituidas bajo su legislación transformarse en

sociedades bajo la legislación de otro Estado miembro, como también desde el punto de vista del Estado de destino, en el sentido de que los Estados miembros deben permitir que sociedades constituidas bajo la legislación de otro Estado miembro, pasen a radicarse y transformarse en una sociedad doméstica. Sin embargo, dicha libertad no menoscaba la potestad de los Estados miembros de establecer en su derecho interno la exigencia de que las sociedades que se constituyan bajo su legislación o se transformen en sociedades bajo la legislación de ese Estado deban cumplir con tener su sede real en el territorio de ese Estado. Por ello, en el caso *Polbud*, la sentencia sustenta el derecho de la sociedad a transformarse en una sociedad luxemburguesa sin trasladar su sede real a Luxemburgo en el hecho de que Luxemburgo no exige para la existencia de una sociedad bajo su ley el que tenga su sede real en territorio luxemburgués.

Existen dos conceptos básicos que subyacen la jurisprudencia del TJUE, que destaca Elisa Torralba. El primero es la libertad, acotada, que la jurisprudencia reconoce a los Estados con respecto al establecimiento del criterio de la sede real; acotada, por la necesidad de respetar la libertad de establecimiento:

De todas estas sentencias cabe concluir que el modelo regulatorio según el que una sociedad debe constituirse conforme al ordenamiento del Estado donde radique su sede real -entendiendo por esta su administración central, centro principal de actividades u otras conexiones territoriales objetivas que los ordenamientos puedan prever- no es compatible con las normas sobre libertad de establecimiento cuando se aplica al reconocimiento de sociedades procedentes de otros estados miembros. Sin embargo, también se deduce que, a falta de armonización del Derecho de la Unión Europea al respecto, los Estados miembros siguen conservando su competencia para determinar cuáles son las condiciones que se exigen a las sociedades que se rigen por su ordenamiento, tanto en el momento de su constitución como en los casos en que pretendan pasar a regirse por su *lex societatis* como consecuencia del traslado de su domicilio real o estatutario. Entre esas condiciones puede figurar el requisito de que la sociedad fije su sede real en su territorio (Torralba, 2020, p. 2).



El segundo es la consideración de la legitimidad de buscar eficiencias o ventajas de tipo regulatorio como motivación para una transformación transfronteriza, sin que dichas operaciones deban fundamentarse necesariamente en un traslado de la sede real:

El punto de partida para el análisis de estas cuestiones es que no es en sí mismo constitutivo de abuso el hecho de establecer el domicilio de una sociedad en un Estado miembro determinado con el fin de obtener la aplicación de su ordenamiento porque los socios lo consideren más favorable a sus intereses. Del mismo modo, el mero hecho de que una sociedad traslade su domicilio de un Estado miembro a otro modificando su *lex societatis* no puede fundamentar una presunción general de fraude ni servir de justificación a una medida contraria al ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Torralba, 2020, p. 3).

5.2. La Directiva (UE) 2019/2121

En gran parte como resultado de la línea jurisprudencial trazada por el TJUE, el 27 de noviembre de 2019 el Parlamento Europeo aprobó la Directiva (UE) 2019/2121 mediante la cual se incorpora en la Directiva (UE) 2017/1132, sobre determinados aspectos del Derecho de Sociedades, que contemplaba como operaciones transfronterizas sólo las fusiones y las escisiones, un nuevo capítulo referido específicamente a la transformación transfronteriza. Con ello se obligó a los Estados miembros a incorporar en sus legislaciones internas medidas para regular la transformación transfronteriza, en armonía con las disposiciones de la nueva Directiva, a más tardar el 31 de enero de 2023.

En los considerandos de la Directiva (UE) 2019/2121 se invoca expresamente la jurisprudencia del TJUE señalando que

(...) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado que [la libertad de establecimiento] comprende también el derecho de una sociedad o empresa constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro a transformarse en una sociedad o empresa sometida a la legislación de otro Estado miembro, siempre que cumpla los requisitos establecidos por la legislación de ese otro Estado miembro y, en particular, el criterio para establecer los puntos de conexión de una sociedad o empresa con su ordenamiento jurídico nacional.

La Directiva (UE) 2019/2121 regula únicamente las transformaciones transfronterizas de sociedades dentro de la Unión Europea, y no las transformaciones de sociedades de Estados miembros en sociedades de Estados no miembros o viceversa. En este sentido, en el artículo 1 señala que:

[...]el presente capítulo se aplicará a las transformaciones de sociedades de capital constituidas de conformidad con el Derecho de un estado miembro, y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se hallen en el territorio de la Unión, en sociedades de capital sujetas al Derecho de otro Estado miembro.

A tal efecto, como se ha visto, se define la transformación transfronteriza como:

[...]una operación mediante la cual la sociedad, sin ser disuelta ni liquidada, convierte la forma jurídica en la que está registrada en un Estado miembro de origen en una forma jurídica del Estado miembro de destino (...) y traslada al menos su domicilio social al Estado miembro de destino al tiempo que conserva su personalidad jurídica.

Como es evidente, una adecuada regulación internacional del proceso de transformación transfronteriza requiere una armonización de las legislaciones tanto a nivel de los procedimientos aplicables en el Estado de origen como en el Estado de destino. Como lo explica Torralba, para tal efecto la Directiva contempla un proceso sucesivo, parte del cual se desarrolla a nivel del Estado de origen y parte en el Estado de destino:

Este procedimiento se desarrolla en cuatro fases: la fase preparatoria; la de aprobación; la de control, en la que se emite el certificado previo a la transformación; y la de ejecución, en la que se abordan las cuestiones relativas a la coordinación registral y los efectos de la transformación. Las tres primeras se rigen por la ley del Estado de origen de la sociedad y, en la cuarta, junto con ésta (sic), entra en juego la ley por la que aquella pretenda pasar a regirse (Torralba, 2020, p. 4).

En este proceso, la Directiva no solo busca hacer posible la transformación transfronteriza coordinando las legislaciones de los distintos Estados miembros, sino también proteger los intereses de los grupos de interés que podrían ser afectados por la operación: socios, acreedores y trabajadores. Para tal efecto, se contemplan mecanismos de información, mecanismos de aprobación por parte de los socios y de control de legalidad por parte del Estado de origen; y, finalmente, un derecho de separación de los socios.

Con respecto a los socios, la Directiva señala:

Como consecuencia de la operación transfronteriza, los socios se enfrentan a menudo a una situación en la que el Derecho aplicable a sus derechos cambia por el hecho de convertirse en socios de una sociedad que se rige por el Derecho de un Estado miembro distinto del Estado miembro cuyo Derecho era aplicable antes de la operación. Por consiguiente, los Estados miembros deben,



como mínimo, reconocer a aquellos socios que sean titulares de acciones o participaciones con derecho de voto y que hayan votado en contra de la aprobación del proyecto el derecho a separarse de la sociedad y recibir una compensación en efectivo por sus acciones o participaciones que sea equivalente a su valor (Directiva (UE) 2019/2121, núm. 18).

Respecto de los intereses de los acreedores, la Directiva (UE) 2019/2121 expresa:

Tras una operación transfronteriza, los antiguos acreedores de la sociedad o las sociedades que efectúan la operación pueden encontrarse con que su crédito se vea afectado cuando la sociedad que sea responsable de la deuda, tras dicha operación, pase a estar sujeta al Derecho de otro Estado miembro. En la actualidad, las normas sobre protección de los acreedores varían entre los distintos Estados miembros, lo que añade una significativa complejidad al proceso de operación transfronteriza y genera incertidumbres tanto para las sociedades implicadas como para sus acreedores en relación con el cobro o la liquidación de su crédito (Directiva (UE) 2019/2121, num. 22).

Para proteger a los acreedores, la Directiva contempla un derecho de oposición que puede obligar a la sociedad a garantizar el crédito, así como la obligación del órgano de administración de formular una declaración de solvencia (Directiva (UE) 2019/2121, artículo 86 undecies).

Por último, en cuanto a los trabajadores, la Directiva (UE) 2019/2121 señala que deben respetarse los derechos de los trabajadores a ser informados y consultados, que se debe garantizar que la transformación no impida el ejercicio de derechos de participación que se haya otorgado a los trabajadores y que se debe evitar el uso de las operaciones de transformación transfronteriza como mecanismos para eludir los derechos de participación de los trabajadores existentes en el Estado de origen.

La fase preparatoria de la operación de transformación transfronteriza comprende la elaboración de un proyecto de transformación, análogo al que se formula en los casos de fusiones y escisiones, en el que se explique la operación y sus efectos esperados en la sociedad. Asimismo, la Directiva exige que el órgano de administración formule un informe sobre la operación y sus efectos dirigido a los socios y los trabajadores y que se obtenga un informe pericial independiente sobre la operación dirigido a los socios.

La etapa de aprobación está a cargo de la junta general de accionistas. Al respecto, el artículo 86 nonies de la Directiva señala que la aprobación debe requerir una mayoría calificada no inferior al dos tercios ni superior al 90% de las acciones representadas en la junta y, adicionalmente, que en caso de que la transformación suponga una modificación de las obligaciones económicas de los socios frente a la sociedad o terceros, se requerirá de la aprobación de los socios afectados (Directiva (UE) 2019/2121, Artículo 86 nonies).

La tercera etapa es la de control, que consiste en la revisión

de la operación por parte de una autoridad del Estado de origen, para verificar la legalidad de la misma y la existencia de motivos legítimos para su realización. Al respecto, la Directiva señala lo siguiente:

Para garantizar un reparto adecuado de tareas entre los Estados miembros y un control ex ante eficiente y eficaz de las operaciones transfronterizas, las autoridades competentes de los Estados miembros de la sociedad o sociedades que llevan a cabo la operación transfronteriza deben estar facultadas para expedir un certificado previo a la transformación, fusión o escisión (denominado en lo sucesivo "certificado previo a la operación"). Las autoridades competentes de los Estados miembros de la sociedad o sociedades que resulten de la operación transfronteriza no deben estar facultadas para aprobar la operación transfronteriza sin tal certificado (Directiva (UE) 2019/2121, núm 33).

Asimismo, la Directiva añade que

En ciertas circunstancias el derecho de las sociedades a llevar a cabo una operación transfronteriza puede utilizarse con fines abusivos o fraudulentos, como para eludir los derechos de los trabajadores, las cotizaciones a la seguridad social o las obligaciones fiscales, o bien con fines delictivos. En particular, es importante contrarrestar las sociedades "fantasma" o "pantalla" creadas con el propósito de sustraerse al Derecho de la Unión o nacional, eludirlo o infringirlo. La autoridad competente no debe expedir el certificado previo a la operación si, en el transcurso del control de legalidad de una operación transfronteriza tiene conocimiento, también mediante consulta a las autoridades pertinentes, de que la operación se ha llevado a cabo con fines abusivos o fraudulentos que tengan por efecto u objeto sustraerse al Derecho de la Unión o nacional o eludirlo, o bien con fines delictivos (...) (Directiva (UE) 2019/2121, núm. 35).

Entre los elementos que se deben tomar en cuenta para determinar si la operación presenta indicios de fraude o, por el contrario, tiene un motivo legítimo, están,

[...] como mínimo, factores indicativos relativos a las características del establecimiento en el Estado miembro en el que la sociedad o sociedades deben registrarse después de la operación transfronteriza, incluida la intención de la operación, el sector, la inversión, la facturación neta y las pérdidas o ganancias, el número de trabajadores, la composición del balance, la residencia fiscal, los activos



y su ubicación, los equipos, los titulares reales de la sociedad, los lugares de trabajo habituales de los trabajadores y de grupos específicos de estos, el lugar donde deben abonarse las cotizaciones sociales (...) y los riesgos asumidos por la sociedad o las sociedades antes y después de la operación transfronteriza (Directiva (UE) 2019/2121, núm. 36).

Las tres etapas mencionadas de una operación de transformación transfronteriza -preparación, aprobación y control- se regulan por la normativa del Estado de origen. En cambio, la cuarta etapa, la de ejecución, le otorga el protagonismo a las autoridades y la legislación del Estado de destino. Así, una vez emitido el certificado previo a la operación por el Estado de origen, corresponde a las autoridades del Estado de destino el control de legalidad de la operación desde el punto de vista de su propio Derecho nacional. En este sentido, la Directiva (UE) 2019/2121 señala que

dicha autoridad velará en particular por que la sociedad transformada se atenga a las disposiciones del Derecho nacional sobre la constitución y el registro de sociedades y, en su caso, porque se hayan determinado las disposiciones relativas a la participación de los trabajadores de conformidad con el artículo 86 terdecies (Directiva (UE) 2019/2121, artículo 86 sexdecies).

Efectuado el control de legalidad por las autoridades del Estado de destino, la sociedad transformada debe inscribirse en el Registro de dicho Estado y, luego de ello, debe inscribirse la cancelación de la partida registral de la sociedad en el Estado de origen. Al respecto, la Directiva señala lo siguiente:

Tras recibir el certificado previo a la operación y comprobar el cumplimiento de los requisitos legales del Estado miembro en el que debe registrarse la sociedad tras la operación transfronteriza, incluido un posible control de su la operación transfronteriza constituye una elusión del Derecho de la Unión o nacional, las autoridades competentes deben inscribir la sociedad en el registro de dicho Estado miembro. Sólo después de este registro debe suprimirla de su registro la autoridad competente del Estado miembro en el que estaba registrada la sociedad o las sociedades que efectúen la operación transfronteriza. Las autoridades competentes del Estado miembro en el que debe registrarse la sociedad tras la operación transfronteriza no pueden poner en cuestión la información facilitada en el certificado previo a la operación (Directiva (UE) 2019/2121, num. 45).

6. El traslado internacional de domicilio social en el Derecho peruano

La Ley General de Sociedades contempla expresamente el traslado internacional de domicilio de una sociedad extranjera al Perú; operación que, además, se encuentra regulada en forma precisa por el Reglamento del Registro de Sociedades. No sucede lo mismo con el traslado internacional de domicilio de una sociedad constituida en el Perú al extranjero, operación que no está regulada expresamente en la Ley General de Sociedades ni reglamentada a nivel del Reglamento del

Registro de Sociedades. Sin embargo, la Ley General de Sociedades sí la menciona en dos artículos, lo cual permite sustentar su legalidad, conforme lo ha hecho el Tribunal Registral en una jurisprudencia reciente que revisaremos más adelante.

6.1. Redomiciliación de sociedades extranjeras al Perú

El artículo 394 de la Ley General de Sociedades regula la redomiciliación de sociedades extranjeras al Perú, en los siguientes términos:

Art. 394.- Cualquier sociedad constituida y con domicilio en el extranjero, siempre que la ley no lo prohíba, puede radicarse en el Perú, conservando su personalidad jurídica y transformándose y adecuado su pacto social y estatuto a la forma societaria que decida asumir en el Perú. Para ello debe cancelar su inscripción en el extranjero y formalizar su inscripción en el Registro.

De esta forma, en el Perú existe una norma de Derecho interno, que habilita en forma expresa y sin ninguna duda, el traslado del domicilio social de una sociedad domiciliada en el extranjero a nuestro país. Por lo tanto, bastará que el Derecho del Estado de origen de una sociedad habilite el traslado del domicilio social al extranjero y que la regulación de ese derecho sea compatible con la regulación peruana sobre traslado internacional de domicilio social, para que sea factible el traslado del domicilio social de una sociedad de dicho Estado de origen al Perú.

Es interesante notar que la Ley General de Sociedades recoge, acertadamente, la naturaleza de transformación societaria del traslado transfronterizo del domicilio social. Por ello, señala que la sociedad extranjera que acuerde el cambio de domicilio debe transformarse y adecuar su pacto social a "la forma societaria que decida asumir en el Perú". Dicha forma societaria podrá que ser la de alguna de los tipos de sociedades que contempla la propia Ley General de Sociedades y también los tipos de sociedades reguladas en leyes especiales, como la sociedad anónima cerrada simplificada regulada por el Decreto Legislativo 1409.

Para cumplir con el artículo 20 de la Ley General de Sociedades, la sociedad



redomiciliada deberá tener su centro de dirección o desarrollar alguna de sus actividades principales en territorio peruano.

El procedimiento de redomiciliación de una sociedad domiciliada en el extranjero al Perú se encuentra reglamentado en los artículos 135 a 139 del Reglamento del Registro de Sociedades. El procedimiento comprende cuatro etapas: la adopción de la decisión de traslado en el Estado de origen, la inscripción preventiva de la redomiciliación en el Perú, la cancelación de la partida registral de la sociedad en el Estado de origen y, finalmente, la inscripción definitiva de la sociedad en el registro peruano.

La primera etapa corresponde a la adopción y formalización de la decisión societaria de la sociedad extranjera de trasladar su domicilio social al Perú y transformarse en una sociedad peruana. Dicho acto, en cuanto a la competencia para la adopción de la decisión y a los requisitos de cuórum y mayorías, se rige por la ley del Estado de origen, que es, todavía, la *lex societatis*. Naturalmente, será necesario que la legislación del Estado de origen permita que las sociedades de esa jurisdicción acuerden el traslado de su domicilio al extranjero. En caso de que el Derecho del Estado de origen no permitiera la operación, de poco serviría la habilitación normativa del Perú como Estado de destino, en tanto la transformación transfronteriza requiere ser permitida tanto por el Estado de origen como por el de destino.

No obstante que el acuerdo de traslado internacional de domicilio se rige por la ley del Estado de origen, el artículo 135 del Reglamento del Registro de Sociedades peruano ordena un contenido mínimo para el mismo. Ello es lógico pues el acuerdo adoptado bajo la ley extranjera habrá de ser ejecutado en el Perú y dará lugar a una sociedad peruana. Por ello, es importante que sea compatible con las exigencias del Derecho peruano. En este sentido, el artículo 135 del Reglamento del Registro de Sociedades señala que dicho acuerdo debe contener “la decisión de radicar en el Perú y transformarse”, “la adopción de la forma societaria escogida, conforme a la legislación peruana” y consiguientemente “la adecuación del pacto social y texto del estatuto” a nuestro Derecho interno, la designación de la persona facultada para otorgar una escritura pública en el Perú formalizando la transformación y la decisión de solicitar al registro del país de origen la cancelación de su inscripción, una vez inscrita preventivamente la sociedad en el Perú.

La segunda etapa del proceso es la formalización del acuerdo de traslado internacional de domicilio bajo el Derecho peruano. En este sentido, el Reglamento del Registro de Sociedades exige que se otorgue una escritura pública, ante Notario o Cónsul peruano, en la que se contenga el acuerdo societario mencionado anteriormente, el pacto social de la sociedad bajo Derecho peruano, el que deberá corresponder a la forma societaria de Derecho peruano elegida, y una certificación de

la entidad competente del Estado de origen respecto de la vigencia de la sociedad en el extranjero. El Reglamento del Registro de Sociedades, acertadamente, no exige que el nuevo pacto social adaptado al Derecho peruano conste como parte del acuerdo de redomiciliación adoptado por la sociedad extranjera, pero sí en la escritura pública que otorgue el representante debidamente facultado por el referido acuerdo, y cuyos partes se presentarán al Registro.

La tercera etapa del proceso de redomiciliación internacional de una sociedad extranjera al Perú es la inscripción preventiva de la sociedad en el Registro de Sociedades del Perú. En este sentido, el artículo 136 del Reglamento del Registro de Sociedades señala que: “La escritura pública a que se refiere el artículo anterior da lugar a la apertura preventiva de una partida registral, según corresponda a la forma escogida por la sociedad”. Nótese que se trata de una apertura de partida registral, pues se trata de una nueva sociedad para efectos registrales peruanos, y no de la inscripción de un acto de una sociedad ya inscrita. Sin embargo, la apertura de la partida es preventiva, en tanto se trata de una inscripción de carácter provisional y transitorio, conforme lo señala el artículo 64 del Reglamento General de los Registros Públicos. Ello es así pues la sociedad continúa inscrita (y existente) en su jurisdicción de origen, de manera que la inscripción definitiva de la misma generaría una duplicidad que se quiere evitar.

La cuarta etapa es la de cancelación de la partida registral de la sociedad en el Estado de origen. Nuevamente, se trata de un acto sujeto a la legislación del Estado de origen. Lo único que establece al respecto el Reglamento del Registro de Sociedades es que “no procederá abrir la partida preventiva si consta que la cancelación de la inscripción en el país de origen se ha producido en fecha anterior a la presentación de la escritura pública, a que se refiere el artículo 135 de este Reglamento”. La razón de esto es que, si se hubiera producido la cancelación de la inscripción registral en el Estado de origen de la sociedad antes de que se presente la transformación para inscripción preventiva en el Perú, se habría producido un espacio



de tiempo en el que la sociedad no había tenido inscripción vigente, ni en su jurisdicción de origen ni en el Perú como jurisdicción de destino. En la lógica de nuestra ley, en la que la personalidad jurídica se adquiere por la inscripción en el Registro, ello implicaría que la sociedad ha dejado de existir como tal en algún momento.

Finalmente, la quinta etapa del proceso es la inscripción definitiva de la sociedad en el Perú. A tal efecto, la sociedad debe presentar al Registro de Sociedades “el documento que acredita la cancelación de su inscripción en el Registro del país de origen o institución análoga al Registro, indicando la fecha de tal cancelación”. El Reglamento otorga un plazo de seis meses contado desde la fecha de apertura de la partida preventiva para efectuar la presentación, plazo cuyo incumplimiento genera la caducidad de la apertura preventiva de la partida. En cambio, de presentarse oportunamente la documentación requerida, la partida preventiva se convertirá en definitiva.

Con relación a la inscripción definitiva, además, el artículo 139 del Reglamento del Registro de Sociedades señala que “los efectos de la inscripción de la sociedad se retrotraen a la fecha de cancelación de su inscripción en el Registro o institución análoga del país de origen”. De esta forma, no se produce espacio temporal alguno en el que la sociedad haya carecido de inscripción registral en alguna de las dos jurisdicciones involucradas; y tampoco se produce superposición de la inscripción de la sociedad en las dos jurisdicciones durante algún momento, como hubiera sucedido si los efectos de la inscripción se retrotraeran a la fecha de presentación de la anotación preventiva, como es la regla general bajo el artículo 68 del Reglamento General de los Registros Públicos.

Cabe indicar que la regulación de la redomiciliación de una sociedad extranjera al Perú es uno más de los aciertos de la Ley General de Sociedades y el Reglamento del Registro de Sociedades vigentes. Estas normas se han aplicado cientos de veces en procesos de redomiciliación *inbound* sin mayor inconveniente, pues se trata de una estructura regulatoria bien diseñada que se adecúa a los estándares internacionales. A pesar de que han transcurrido más de 20 años de la entrada en vigencia de ambos dispositivos, la regulación de este tema sigue siendo actual.

6.2. Redomiciliación de sociedades peruanas al extranjero

La Ley General de Sociedades no prevé expresamente la posibilidad de que una sociedad constituida y domiciliada en el Perú pase a radicarse en el extranjero, como lo hace el artículo 394 para el supuesto inverso, como vimos previamente. De la misma forma, no existe un procedimiento reglamentario registral para el efecto.

Sin embargo, hay dos disposiciones legales que mencionan la posibilidad de este tipo de operación:

- a) El primero es el último párrafo del art. 20 de la Ley General de Sociedades, que señala que una sociedad constituida en el Perú tiene su domicilio en territorio peruano “salvo cuando su objeto social se desarrolle en el extranjero y fije su domicilio fuera del país”.
- b) El segundo es el inciso 2 del artículo 200 de la Ley General de Sociedades, que otorga a los accionistas derecho de separación cuando la sociedad acuerda trasladar su domicilio social al extranjero.

No se entiende la razón por la cual la Ley General de Sociedades contiene un tratamiento tan diferente entre la redomiciliación internacional del extranjero hacia el Perú y la redomiciliación internacional del Perú hacia el extranjero. Sospecho que los primeros borradores de la ley sí contemplaban ambas formas de redomiciliación en forma simétrica, pero que luego, en alguna de las revisiones, se eliminó la norma autoritativa de la redomiciliación hacia el extranjero. Ello explicaría la aparente inconsistencia con las referencias al cambio del domicilio al extranjero contenidas en los artículos 20 y 200. Sin embargo, no tengo evidencia alguna al respecto.

Claramente, es posible, conceptualmente, que una sociedad constituida y domiciliada en el Perú acuerde radicarse en el extranjero, cambiando su domicilio social a una jurisdicción extranjera. Con ello, la sociedad dejaría de ser una sociedad peruana y pasaría a ser una sociedad regida por la ley del lugar del nuevo domicilio social. Empero, el hecho de que ese supuesto no estuviera previsto directa y expresamente en la Ley General de Sociedades como una forma de reorganización ni existiese el procedimiento registral necesario para llevarlo a efecto generó importantes dudas respecto de la viabilidad de dicha operación. Esta situación ha sido aclarada, por lo menos hasta la fecha, por la Resolución del Tribunal Registral No. 444-2022-SUNARP-TR, de 7 de febrero de 2022 (en adelante, la “Resolución 444”).

En caso al que se refiere la Resolución 444 es el de una sociedad constituida y domiciliada en el Perú denominada Stracon Mining Infrastructure S.A.C. (“Stracon”). En



Junta General de Accionistas de 24 de junio de 2021 Stracon acordó “que la sociedad se traslade, migre y continúe su existencia como sociedad constituida bajo las leyes de la República del Panamá, conservando su personalidad jurídica, sometiendo a la sociedad a la legislación de la República de Panamá”. Asimismo, acordó que la sociedad adopte la forma jurídica de una sociedad anónima conforme a las leyes de la República de Panamá y modificar el estatuto social para adecuarlo al de una sociedad anónima panameña.

El acuerdo de la Junta General de Accionistas fue elevado a escritura pública en Lima el 28 de junio de 2021. La escritura pública denominada “de modificación total de estatutos y otros acuerdos” incluye el nuevo estatuto de la sociedad como sociedad panameña, el que establece que el domicilio social se encuentra en la ciudad de Panamá, República de Panamá, que la sociedad tiene un objeto social indeterminado y que el capital social es un capital autorizado. Como se ve, al menos estas dos últimas disposiciones son contrarias a la Ley General de Sociedades, por lo que no podrían ser de aplicación a una sociedad sujeta a *lex societatis* peruana.

Los partes de la escritura pública de modificación de estatutos fueron presentados al Registro de Sociedades del Perú y dieron mérito a inscripción. Sin embargo, la glosa de la inscripción señaló simplemente “cambio de domicilio y otorgamiento de poder”, sin que se haya inscrito el acto ni como transformación societaria ni como modificación de estatutos.

Luego de la inscripción antes mencionada, Stracom otorgó una escritura pública en Panamá y fue inscrita en el Registro de Sociedades de Panamá como sociedad sujeta a la legislación panameña. Hecho esto, solicitó al Registro de Sociedades del Perú la cancelación de su partida registral peruana. Con fecha 8 de setiembre de 2021 el Registrador de Sociedades tachó el título sosteniendo que “para que se efectúe el cierre de la partida registral, se debe solicitar la extinción de la sociedad, previa inscripción del acto de disolución y liquidación (...)” (sic). Stracom volvió a presentar el título el 6 de octubre de 2021, el cual fue nuevamente objeto de tacha por un nuevo Registrador. Esta vez el motivo fue que no existía norma habilitante para inscribir el cambio del domicilio al extranjero:

[N]o constituye acto inscribible el cierre de la partida registral por cambio de domicilio de una sociedad peruana al extranjero, al efecto se le indica que de acuerdo al art. 394 de la Ley General de Sociedades y Art. 135 del Reglamento del Registro de Sociedades, los actos regulados y admitidos por la legislación peruana son la Reorganización de sociedades constituidas y con domicilio en el extranjero (Redomicilio) y su formalización e inscripción en el Registro Público peruano.

Stracom apeló, argumentando que la Ley General de Sociedades se refería al cambio de domicilio de una sociedad peruana al extranjero en los artículos 20 y 200; y que, ante el vacío reglamentario, el Registro de Sociedades se debía

aplicar por analogía las normas que regulaban el cambio de domicilio de una sociedad extranjera al Perú.

El Tribunal Registral aceptó que existía un vacío normativo que debía ser cubierto mediante la analogía: “[C]uando un caso no se encuentra expresamente regulado por una norma, debemos encontrar otras normas análogas que reglamentan supuestos de hecho similares a fin de ofrecer solución jurídica al caso concreto” (Resolución 444, num. 9). Para cubrir el vacío regulatorio, el Tribunal recurrió al artículo 30 del Reglamento del Registro de Sociedades, que regula el procedimiento de inscripción del cambio de domicilio social dentro del territorio nacional (entre jurisdicciones registrales peruanas). Conforme a dicho artículo, ante un acuerdo de cambio de domicilio social de una jurisdicción registral a otra, el título se debe presentar al Registrador del nuevo domicilio adjuntando copia literal de todos los asientos existentes en la oficina registral original. Hecho esto, conforme al segundo párrafo:

El Registrador abrirá una partida registral y reproducirá literalmente los asientos de inscripción referidos, dejando constancia de la certificación, de su fecha, y del Registrador que lo expidió, cuando corresponda. Luego extenderá el asiento de cambio de domicilio y lo hará conocer al Registrador originario, quien procederá a cerrar la partida registral de la sociedad (Resolución 444, num. 9).

El razonamiento del Tribunal para considerar aplicable el artículo 30 del Reglamento del Registro de Sociedades es el siguiente:

El objetivo o justificación subyacente del artículo 30 del Reglamento del Registro de Sociedades es indudable: franquear la posibilidad de que las personas jurídicas señalen libremente un domicilio, como “el de su principal asiento”, que más convenga a sus intereses, pueda ejercer libremente sus derechos y obligaciones en dicho lugar y así los terceros puedan conocer, fácil y eficazmente, donde “hallarle” jurídicamente, conocer donde inscribe y publica sus actos societarios y, por tanto, los hace oponibles.

Desde esa perspectiva es clara la identidad de la situación puesta a nuestra consideración cuya única referencia relevante sería el lugar hacia donde la persona jurídica traslada su domicilio, dentro del territorio nacional



en la regla jurídica y fuera de él como supuesto de hecho no comprendido, por lo que podemos concluir que el artículo 30 del Reglamento es infra inclusivo con relación a ello y supone un franco recorte en el derecho a la libertad de empresa en el aspecto de la libertad de organización que contiene, entre otros, la libre elección del domicilio (EXP No. 0003-2006-PI/TC) por lo que la regulación normativa de dicho artículo debe extender sus alcances al supuesto de hecho en que el cambio de domicilio ocurra hacia al extranjero, estando al mandato constitucional y no discriminación y al principio pro-hómine.

Con base en estos argumentos, el Tribunal Registral revocó la tacha y ordenó la inscripción del cierre de la partida de Stracom por cambio de su domicilio al extranjero.

El Tribunal acepta, aunque sin explicarlo claramente en sus considerandos, que la Ley General de Sociedades sí prevé el cambio de domicilio de una sociedad peruana al extranjero. Cita para ello el último párrafo del artículo 20. Coincido con ese análisis, en tanto la ley debe interpretarse asumiendo la racionalidad -y no los errores- del legislador, de manera que la referencia al cambio del domicilio social al extranjero por parte de una sociedad peruana en el último párrafo del artículo 20 y en el inciso 2 del artículo 200 de la Ley General de Sociedades, sólo puede entenderse en el sentido que dicha operación es lícita y posible bajo el Derecho peruano. Este es el fundamento sobre la base del cual se construye la Resolución 444.

Además, considero que es enteramente acertado el razonamiento del Tribunal Registral en cuanto a que el cambio del domicilio social es parte del derecho a la libertad de organización que es, a su vez, un elemento consustancial de la libertad de empresa garantizada constitucionalmente, y que recortar dicho derecho bajo el argumento de que no existe una previsión reglamentaria que establezca un procedimiento registral no es admisible en un Estado de Derecho. En este sentido, el Tribunal Registral acierta al considerar que el vacío normativo debe cubrirse recurriendo a la analogía.

Sin embargo, creo que el Tribunal Registral se equivoca al considerar que la norma más apropiada para aplicar analógicamente es el artículo 30 del Reglamento del Registro de Sociedades, que regula el cambio de domicilio entre distintas jurisdicciones registrales nacionales. Esta forma de cambio de domicilio es una modificación estatutaria ordinaria, que puede implicar la necesidad de abrir una partida y cerrar otra, pero que no contiene la complejidad inherente a una redomiciliación internacional, que supone algunos elementos fundamentales que el Tribunal Registral no ha considerado.

Estos elementos derivan del carácter internacional o transfronterizo de la operación, que determina la aplicación de dos normas nacionales a un mismo acto societario. Como lo hemos visto, una redomiciliación internacional implica un acuerdo de transformación y de sometimiento a una ley extranjera como nueva *lex societatis*. Este elemento está por completo ausente en el razonamiento del Tribunal Registral;

el cual, por lo tanto, aplica por analogía una norma que no contempla la aplicación de dos Derechos nacionales ni contiene el elemento de transformación y adaptación a una nueva forma jurídica. En este sentido, creo que hubiera sido mucho más acertada la decisión del Tribunal Registral si hubiera aplicado analógicamente los artículos 135 a 139 del Reglamento del Registro de Sociedades, referidos al traslado del domicilio social de una sociedad extranjera al Perú, antes que el artículo 30.

Sin perjuicio de lo anterior, creo que la Resolución 444 es un paso importante hacia adelante, en tanto establece un criterio en función del cual puede efectuarse e inscribirse registralmente una redomiciliación de una sociedad peruana al extranjero. No obstante ello, sería preferible que esta materia sea establecida a nivel normativo, por ejemplo, a través de la incorporación en la Ley General de Sociedades de una disposición expresa que habilite la transformación internacional de una sociedad peruana hacia el exterior, como lo hace el Anteproyecto de Ley General de Sociedades, y la correspondiente reglamentación en el Reglamento del Registro de Sociedades.

Por otro lado, aunque el ámbito del presente artículo no es tributario, no puede dejar de mencionarse al Informe No. 040-2021-SUNAT/7T0000, emitido por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria con respecto a las consecuencias tributarias de una redomiciliación de una sociedad peruana al extranjero, desde el punto de vista del Impuesto a la Renta. Se había consultado a SUNAT si, en el caso de una sociedad constituida en el Perú que cambiase su domicilio social al extranjero, pero mantuviese en el Perú sus activos, pasivos y operaciones, se configuraba un establecimiento permanente. La SUNAT responde que no, considerando que una sociedad constituida en el Perú se considera domiciliada para efectos del Impuesto a la Renta, aunque se haya redomiciliado internacionalmente para efectos societarios, por lo que no puede ser titular de un establecimiento permanente en el Perú, que es algo que solo corresponde a los contribuyentes no domiciliados:



En el supuesto de una sociedad peruana que cambia de domicilio societario a otro país, sin proceder a su disolución y liquidación, manteniendo su personalidad jurídica, así como todos sus activos, pasivos y operaciones en el Perú, para efectos del Impuesto a la Renta, la sociedad en cuestión, al encontrarse constituida en el Perú, no puede conformar un establecimiento permanente en este país.

SUNAT señala que la sociedad que se constituye en el Perú y luego se redomicilia al extranjero sigue siendo un contribuyente domiciliado en el Perú para efectos del Impuesto a la Renta. Sin embargo, el razonamiento que usa SUNAT para llegar a esta conclusión parte de una premisa que no es correcta, cual es que la sociedad peruana que realiza una transformación transfronteriza al extranjero, conserva su personalidad jurídica en el Perú:

Por consiguiente, una sociedad constituida en el Perú que no ha sido disuelta o liquidada, y mantiene su personalidad jurídica, así como todos sus activos, pasivos y realiza operaciones en el Perú, para efectos del Impuesto a la Renta continúa considerándose como persona jurídica domiciliada en el país; siendo que el hecho de fijar un domicilio para efectos societarios fuera del país no enerva dicha situación y, por tanto, no podría ser considerada como un establecimiento permanente en el Perú.

De esta manera, aunque la Ley General de Sociedades y el Reglamento del Registro de Sociedades, tal como han sido interpretados por el Tribunal Registral, permiten la redomiciliación de una sociedad constituida en el Perú hacia una jurisdicción extranjera, y que una sociedad que se redomicilia internacionalmente deja de existir como sociedad con domicilio social en el Perú y pasa a existir como sociedad con domicilio social en el extranjero, al parecer para la SUNAT dicha sociedad continuará siendo un contribuyente domiciliado en el Perú.

Como dicen los Eagles en Hotel California: “*You can check-out any time you want, but you can never leave*”.

Referencias bibliográficas

Álvarez, S. (2017). El traslado internacional de domicilio: Novedades de la Sentencia del TJUE Polbud. *Revista Lex Mercatoria*, 7, 1-11.

Black, Jr. L. (2007). *Why Corporations Choose Delaware*. Delaware Department of State, Division of Corporations.

Brown, C. y Rahman, A. (2016). Juridical Persons and the Requirements of the ICSID Convention, En C. Baltag (Ed.), *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, *Kluwer Law International*, (pp. 163-188). Kluwer Law International.

Bueno, A. (2021). El Traslado Transfronterizo y la Determinación de la Ley Aplicable (“Lex Societatis”) en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 14, 1040-1057.

Caso Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962) (1970, 5 de febrero). Corte Internacional de Justicia.

Caso Cartesio (2008, 16 de diciembre). Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala).

Caso CIADI No. ABR/09/12 (Pac Rim Cayman LLC (demandante) vs. República de El Salvador (demandada)) (2012, 1 de junio). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

Caso CIADI No. ARB(AF)/12/6 (Lao Holdings N.V. (demandante) vs. República Popular Democrática de Laos (demandada)) (2014, 21 de febrero). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

Caso CIADI No. ARB/12/24 (Transban Investments Corp (demandante) vs. República Bolivariana de Venezuela (demandada)) (2017, 22 de noviembre). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

Caso Pulbud (2017, 25 de octubre). Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala).

Chang, C. (2008). El Cambio de Domicilio y sus Efectos en el Impuesto a la Renta. En H. Medrano (Coord.), *X Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. Instituto Peruano de Derecho Tributario.

Elías, E. (2015). *Derecho Societario Peruano*. Gaceta Jurídica.

Linares, M. (23 de noviembre de 2017). *Cambios de domicilio social. Modificación de la Ley de Sociedades ante la proposición de independencia de Cataluña*. Legaltoday. <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-mercantil/societario/cambios-de-domicilio-social-modificacion-de-la-ley-de-sociedades-de-ante-la-proposicion-de-independencia-de-cataluna-2017-11-23/>

Marín de la Bárcena, F. (2017). ¿Que deben tener en cuenta las sociedades para hacer efectivo su traslado de domicilio social fuera de su lugar de origen? *Análisis*, 1-9.

Martínez, F. (2009). Traslado Internacional de Sede Social en la Unión Europea: Del Caso Daily Mail al Caso Cartesio. Veinte Años no son Nada. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1(1), 132-142.

Mereminskaya, E. (2005). Nacionalidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional, *Revista de Derecho (Valdivia) [online]*, 18(1), 145-170.

Meyer, M., y Torczyner, H. (1943). Corporations in Exile. *Columbia Law Review*, 43(3), 364-365.

Revoredo D. (2015). *Código Civil, Exposición de Motivos y Comentario* (Tomo VI). Thomson Reuters.

Sinclair, A. (2008). ICSID's Nationality Requirements. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 23(1), 57-118.



SUNARP (2021a). Anotación de Tacha, Número de Título 2021-02439681

SUNARP (2021b). Anotación de Tacha, Número de Título 2021-02765097

Resolución No. 444-2022-SUNARP-TR (2022, 7 de febrero). Tribunal Registral de la SUNARP.

SUNAT (2021). *Informe No. 040-2021-SUNAT/7T0000*

The City of London Law Society (7 de enero de 2022). *Response of Company Law Committees of The City of London Law Society and the Law*

Society to BEISD, HRMC and HM Treasury Consultation on "Corporate re-domiciliation".

Torralba, E. (2020). La Directiva 2019/2121 sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (II), *Análisis*, 1-8.

Unión Europea (2010, 30 de marzo). *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*. Diario Oficial de la Unión Europea.

Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas. (2019, 12 de diciembre). Diario Oficial de la Unión Europea.