

Algunas líneas de discusión para el estudio de la transferencia internacional de la sede social en América Latina

Por Julián Martínez Herrera. Abogado. Miembro del FEJID

Si décadas atrás el concepto clave para introducir el tema de la globalización era la liberalización, hoy parece que se ha transformado a un concepto más comprensible como es el de movilidad.

La promoción de la movilidad ha permitido que hoy asistamos a procesos de integración en todos los niveles, lo que ha conllevado a matizar ese rigor neoliberal con el que se ha identificado la globalización, pues se ha logrado que ésta conviva con la protección de derechos sociales¹.

Así la movilidad de capitales en un ámbito internacional, ha dejado de ser la simple inversión extranjera directa para convertirse en el compromiso de una inversión socialmente más responsable, donde se promueva la creación de empleo o la transferencia de tecnología mediante el establecimiento empresarial en sus diferentes grados.

Es desde este punto de vista que se justifica el estudio de la transferencia internacional de la sede social o cambio internacional de domicilio como forma establecimiento empresarial en su máxima expresión -más allá de la simple apertura

¹ En este sentido es interesante leer los trabajos Peter Häberle sobre teoría constitucional del mercado, que reclaman un concepto social del mismo.

de sucursales o agencias - fenómeno éste que se podría enmarcar en uno mayor que se ha denominado deslocalización empresarial².

Más aún, se explica la reflexión del tema si tornamos la problemática en un ámbito institucional, en cuanto que en los países en vía de desarrollo y en los países emergentes de América Latina una inversión como la descrita se convierte, por un lado, en una alternativa importante de financiación en aras al cumplimiento de sus fines redistributivos y de otro lado, se suma a las ventajas competitivas y comparativas que debe fortalecer un país³.

Luego, el objetivo del presente escrito es vislumbrar algunas líneas de discusión que permitan sostener la posibilidad que un ente traslade su domicilio dentro de los países en América Latina, sin solución de continuidad, esto es, sin mayores costes que los logísticos u operativos y que no tenga que ver su patrimonio avocado a sufragar aquellos costes asociados a la extinción de una persona jurídica en el país de origen y a su correlativa creación en el país de destino, como pueden ser los costos fiscales y administrativos.

La primera línea de discusión, que se puede calificar como ideológica, se caracteriza por la actual tendencia de los países de América Latina de regresar a ese sentimiento de nacionalización o vuelta al proteccionismo en clave de reserva de actividades estratégicas y rechazo a todo elemento internacional o por lo mínimo ajeno al interior de los bloques de integración económica regional.

Pese a lo anterior, desde que se comparta la necesidad del comercio internacional y se sea partidario de que un motor de desarrollo del mismo es la inversión

² A propósito del concepto de deslocalización se hace útil consultar la referencia a los trabajos de Paul Krugman, Premio Nobel de Economía de 2008, en: http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2008/ecoadv08.pdf. En dichos trabajos se destaca que la movilidad de las empresas se refleja en la planeación geográfica de las compañías, consistente en establecer modelos de producción y prestación de servicios desconcentrados o fragmentados en diversos territorios, especializados por tareas, que responden a la necesidad de agregar valor a la propia cadena de producción o prestación del servicio al que se dedican; lo cual logran con la mejor localización por el valor que agregan los diferentes costos asociados al comercio internacional.

³ El caso Irlanda sirve como ejemplo para poner de manifiesto el crecimiento de su red de empresas a partir del fortalecimiento de una de sus ventajas competitivas como lo son estructuras fiscales más flexibles.

extranjera⁴, siempre estará presente la tendencia de facilitar tal inversión; la cual encuentra un punto de equilibrio en la admisión de la transferencia internacional de la sede social, pues solo basta comparan los intereses del inversor (seguridad jurídica y mínimo costo operacional de establecimiento) con los intereses del país de destino (fomento de inversión como gestión de una política pública de responsabilidad social empresarial⁵)

La segunda línea de discusión, que se podría llamar instrumental, parte de la idea que la transferencia internacional de domicilio, como medio para facilitar la inversión extranjera, siempre deberá estar implícitamente inmersa en los acuerdos multilaterales o regionales de integración como la CAN y el MERCOSUR.

Esto con fundamento en la naturaleza misma de los acuerdos de integración regional, toda vez que la construcción de un mercado común implica fortalecer varias libertades de intercambio, especialmente, la de capitales, la cual no sólo comprende las políticas de eliminar los controles de cambio y otras cuestiones relativas a la inversión, sino un derecho más amplio como es la libertad establecimiento⁶, entendida ésta en términos políticos como la participación de una manera estable y continuada en la vida económica de otro Estado que conforma la integración regional.

Luego, una de las formas de permitir la participación o ejercicio del derecho de establecimiento es posibilitando la transferencia internacional de la sede social tanto

⁴ Ver Informe sobre el comercio mundial 2008 de la OMC denominado “*El comercio en un mundo en proceso de globalización*” extraíble de la página web de la OMC <http://www.wto.org>

⁵ No obstante es de advertir que ese equilibrio puede ser quebrantado si no existe una política pública de responsabilidad social empresarial, esto es, una normativa estructural que comprenda la protección derechos de inversores, acreedores, autoridades fiscales, terceros en general y sectores tan sensibles como los trabajadores; con la cual se aminore los efectos negativos de la deslocalización empresarial.

⁶ Es de señalar que para lograr el pleno funcionamiento de la libertad de establecimiento se requiere que los Estados del proceso de integración armonicen sus legislaciones, para evitar que la participación en la vida económica conlleve a una carrera entre los Estados de atraer la inversión bajando los niveles de protección de los derechos sociales de su comunidad. Fenómeno que se conoce como *carrera a la baja* o *race of the bottom*, en virtud de la cual los Estados para competir con sus leyes establecen leyes menos rigurosas para atraer más inversionistas y así sucesivamente sin respetar un estándar mínimo de protección de derechos.

a pequeñas, medias y grandes empresas, que constantemente aumentan su transacciones internacionales.

En este sentido, una sociedad creada conforme a las leyes de un país de la CAN o del MERCOSUR, podría participar en la adopción de la decisión de transferir la sede social entre los países miembros del mercado común, más aún, si el vehículo de la transferencia internacional son las figuras propias de los acuerdos de integración que fortalecen la inversión como la empresa multinacional andina para la CAN o las empresas binacionales para el MERCOSUR.

La tercera línea, que se constituye en el núcleo duro de la discusión, motivo por el cual se calificará de axiológica, se relaciona con la negación del cambio internacional de domicilio por la exigencia que hacen los ordenamientos internos al ente extranjero de adoptar la nacionalidad de su país o simplemente la aplicación de las leyes de su país⁷, que en el fondo son exigencias que protegen, en términos de los actuales discursos, los valores propios de un Estado.

Ahora bien, dada la disparidad de regímenes no se puede dar una solución uniforme al problema, no obstante, partiendo de la premisa que el cambio internacional de domicilio es una cuestión de derecho internacional, se podrán establecer ciertos parámetros de evaluación, a saber:

a) No siempre la nacionalidad de una sociedad determina con certeza su ley aplicable.

b) En el evento contrario, es imprescindible aplicar los principios consagrados en los acuerdos bilaterales que existan en los países de origen y de destino de la transferencia, como es el principio de trato nacional, donde lo equiparado no es que a los nacionales del país de acogida se les autorice la transferencia internacional de

⁷ Esto último para aquellos países de América Latina donde la teoría de la nacionalidad de las personas jurídicas no es pacífica.

la sede social hacia el extranjero, si no que a los nacionales del país de acogida bajo su legislación puedan cambiar de domicilio⁸

c) Además, si en virtud de la nacionalidad se exige la disolución del ente extranjero en el país de origen, es de advertir que se trata de un acto de desconocimiento de la persona jurídica, la cual hay que analizarla a la luz de tratados de cooperación en materia comercial y sobre reconocimiento recíproco de sociedades, en virtud de los cuales los países participantes del tratado se comprometen a reconocer la personalidad jurídica del país contraparte del tratado.

d) Ahora bien, si la ley aplicable al ente jurídico no se encuentra determinada por la nacionalidad, si no que es determinada por el domicilio real o efectivo (teoría de la sede) no podría operar la disociación entre el lugar de la constitución de la sociedad y el domicilio efectivo, esto es, impediría la transferencia de la sede social.

No obstante, por ser un parámetro que no ofrece seguridad jurídica, se hace necesario interpretarlo a la luz de la legislación de cada país, con la advertencia que en los países de América Latina hay una tendencia a adoptar una teoría mixta, valga decir, junto con la teoría de la sede descrita añadir la teoría de la constitución donde la ley aplicable es la del lugar del domicilio estatutario⁹, lo que dificulta en el fondo la determinación de la ley aplicable¹⁰.

⁸ De lo contrario se llegaría al absurdo que para ser operante el principio de trato nacional se requiera de tratados posteriores o complementarios.

⁹ La teoría de la constitución, por el contrario, posibilitaría el cambio internacional de domicilio, pues no habría disociación, sosteniendo que dicha teoría está presente en los Tratados de Montevideo sobre derecho comercial internacional.

¹⁰ El último pronunciamiento sobre la determinación de la ley aplicable en esta materia dictado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencia del 16 de Diciembre de 2008 en el asunto C-210/06) introdujo algunos matices así: *En el caso de traslado del domicilio de una sociedad constituida según el Derecho de un Estado de origen a otro Estado de destino sin cambio del Derecho que la rige, es una situación que debe distinguirse del relativo al traslado de una sociedad perteneciente a un Estado de origen a otro Estado con cambio del Derecho aplicable; ya que en la primera situación la ley del Estado de origen aplicable a la sociedad podrá modular las condiciones para que opere el cambio de domicilio hasta tanto no exista un derecho uniforme comunitario; en cambio en la segunda situación, en virtud del principio de establecimiento, no podrá oponerse el Estado de origen – salvo motivos de interés general - a que la sociedad traslade su domicilio sin disolverse y liquidarse al Estado de destino adoptando una forma de sociedad regulada por el Derecho nacional del Estado de destino y siempre y cuando éste lo permita.*

e) Finalmente, antes de negar la viabilidad de la operación en estudio, es imprescindible constitucionalizar el debate bajo el entendido que la transferencia internacional de la sede social es una expresión del derecho fundamental de libertad en cuanto a la manifestación de movilidad de una persona jurídica¹¹, máxime de los derechos a los extranjeros reconocidos en los diferentes ordenamientos jurídicos.

De forma que si se considera como un derecho fundamental de los extranjeros sería de aplicación directa y tutelable judicialmente, o por lo menos, como mandato de optimización en un estado democrático serviría como límite a cualquier concepto restrictivo al derecho fundamental aludido y exigiría una carga de argumentación más sólida.

La última línea de discusión que se podría denominar operativa hace referencia a los escasos desarrollos normativos y jurisprudenciales que fundamenten un control de legalidad con resultados positivos por las autoridades competentes tanto en el país de origen como en el país de destino de la transferencia internacional de la sede social.

Aunque debería aceptarse que en virtud de la existencia de principios de cooperación internacional en materia comercial, como es el del reconocimiento mutuo de ciertas autoridades y la bilateralización de las normas nacionales, sería factible la aplicación de un principio de coordinación registral y de la extensión de la

Frente a estos desarrollos jurisprudenciales tenemos lo establecido por el Código de Bustamante, que en su artículo 20 permite el cambio de nacionalidad de las sociedades, mediante la aplicación de las condiciones exigidas por la ley antigua y la ley nueva.

Con todo lo anterior, lo que se resalta es la aplicación de normas extranjeras al caso del cambio internacional del domicilio, lo cual tiene una como justificación que este tipo de operación deben ser valoradas en su conjunto por el efecto último que pretende y negar la aplicación de estas normas extranjeras restaría coherencia a la operación, pues la dejaría sin el marco de regulación del derecho extranjero bajo el cual se diseñó y con ello sin las normas de protección de los intereses relacionados con el domicilio anterior, activando la aplicación de las excepciones de orden público. Más aún, sin olvidar que el cambio internacional de domicilio es un claro caso de conflicto móvil del derecho internacional privado.

¹¹ En este punto lo que habría que advertir es la necesidad de estudiar el tratamiento que cada país de América Latina ha dado a los derechos fundamentales de las personas jurídicas.

regulación del cambio de domicilio doméstico a los internacionales, con el viso de la aplicación de normas extranjeras.

La bilateralización de las normas es un claro efecto del trato nacional mientras que la coordinación registral tiene su propio fundamento en la confianza que genera la función de publicidad de un acto sujeto a control legal por los órganos encargados del registro mercantil, el cual se convierte en un elemento fundamental para el cambio internacional de domicilio al momento de llevar a la práctica esta operación y sobre todo a efectos de brindar publicidad a la inactividad de la sociedad en el país del domicilio origen y de su correspondiente actividad en el país del domicilio de acogida.

No obstante, sería una insensatez no aceptar que para el perfecto funcionamiento del cambio internacional de domicilio se requiera dentro del marco de la cooperación internacional un procedimiento común de publicidad registral¹²

Pese a esta última dificultad y las demás referencias en este artículo, la globalización reclama la flexibilización de las estructuras jurídicas para la empresa como sujeto por excelencia del comercio internacional, que permita el establecimiento de forma segura en mercados exteriores junto con el respeto de las garantías de todas las partes de interés, mediante fórmulas de derecho internacional privado.

No se podría finalizar sin señalar que estas líneas de discusión no pretendían agotar exhaustivamente el tema si no más bien sembrar la inquietud para abonar el terreno a lo que podría ser algún día una normativa que permita la plena vigencia y validez del cambio de domicilio internacional en América Latina.

¹² En la propuesta de directiva para la transferencia internacional de la sede social teníamos que en su artículo 9 se exigía un certificado expedido por Tribunal, Notario o autoridad competente del Estado de procedencia que acreditará el cumplimiento de los actos y trámites previos al traslado; mientras que el artículo 10 se establecía que para la inscripción del nuevo registro se exigía la presentación del certificado citado y la prueba del cumplimiento de los trámites requeridos para el Registro en el nuevo país; y finalmente en el artículo 11 se consagraba que para la baja o cancelación definitiva del registro en el país de origen, se requería la demostración de la inscripción en el registro de destino y tanto la nueva inscripción como la baja serían debidamente publicados en medios oficiales de los respectivos países.