

APROXIMACIONES Y COMENTARIOS A LAS REORGANIZACIONES SOCIETARIAS TRANSFRONTERIZAS: LA FUSIÓN Y LA REDOMICILIACIÓN

APPROACHES AND COMMENTS ON CROSS-BORDER CORPORATE REORGANIZATIONS: MERGERS AND RE-DOMICILIATION

Samuel Jair Véliz Ortíz*

Payet, Rey, Cauvi, Pérez

Paula D'Medina Valdez**

Payet, Rey, Cauvi, Pérez

The aim of this paper is to analyse the so-called cross-border corporate reorganisations, which have the particularity of involving companies incorporated and existing in different countries, focusing on mergers and the redomiciliation of companies.

To this end, the authors analyse the legal concepts of nationality and domicile of legal entities, mergers and redomiciliation of companies, the considerations that lead to the implementation of this type of operations and, finally, whether it is possible to carry out a cross-border merger and redomiciliation of a Peruvian company abroad according to the current regulations.

KEYWORDS: Corporate reorganizations; merger; redomiciliation; cross-border.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar las denominadas reorganizaciones societarias transfronterizas, que tienen la particularidad de involucrar a sociedades constituidas y existentes en distintos países, centrándose en las fusiones y la redomiciliación de sociedades.

Para ello, los autores analizan los conceptos jurídicos de nacionalidad y domicilio de las personas jurídicas, fusión y redomiciliación de sociedades, las consideraciones que conllevan a la implementación de este tipo de operaciones y, finalmente, si es posible ejecutar una fusión transfronteriza y una redomiciliación de una sociedad peruana al extranjero según la normativa vigente.

PALABRAS CLAVE: Reorganizaciones societarias; fusión; redomiciliación; transfronteriza.

* Abogado. Magíster en Derecho de la Empresa por la Universidad de Navarra. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asociado del Área Corporativa en Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados (Lima, Perú). Contacto: svelizo@pucp.edu.pe

** Abogada. Exmiembro de la Asociación Civil Ius et Veritas. Asociada del Área Corporativa en Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados (Lima, Perú). Contacto: pdv@prcp.com.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 9 de mayo de 2022, y aceptado por el mismo el 8 de junio de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas se ha producido una aceleración en el mercado de las fusiones y adquisiciones como nunca se había visto, la cual, junto con la cada vez más creciente globalización, han desdibujado lo que tradicionalmente se entendía como **reorganizaciones societarias** (refiriéndonos a las fusiones, escisiones y transformaciones). Hoy en día, es perfectamente posible pensar que estas operaciones excedan la jurisdicción de un país, y que este fenómeno no tendrá un efecto meramente geográfico, sino también, como es evidente, comercial y legal. Así, no resultaría complicado para el lector imaginar una fusión entre compañías de distintos países o que una sociedad se traslade a un país distinto al de su origen. Además, es innegable que —como lo reconocía Oliver Hart desde hace décadas atrás— las empresas son el motor del crecimiento de las modernas economías capitalistas (2003, p. 2).

A manera de ejemplo, en el 2019 se promulgó la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, la cual regula actualmente el traslado internacional del domicilio social denominado por dicha directiva como ‘transformación transfronteriza’, la cual, según indica en su artículo 86, 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 societaria de un Estado miembro de destino, y traslada al menos su domicilio social al Estado miembro de destino al tiempo que conserva su personalidad jurídica [el énfasis es nuestro].

En otras palabras, la transformación transfronteriza consiste en la decisión de la propia sociedad, a través de sus órganos societarios, de ‘migrar’ a otro país adoptando una forma societaria permitida en este, pero manteniendo su personalidad jurídica. Por ejemplo, a nivel europeo, sería la decisión de una sociedad constituida y existente en España de trasladarse a otro país, como podría ser Italia.

La Directiva (UE) 2019/2121 también brinda el marco normativo a: (i) la fusión transfronteriza por la cual dos o más sociedades registradas en distintos Estados miembros de la Unión Europea decidirán si una es absorbida por la otra (fusión por absorción) o si crean una nueva sociedad (fusión por constitución de nueva sociedad o por incor-

poración); y (ii) la escisión transfronteriza, por la cual una(s) sociedad(es) registrada(s) en un Estado miembro de la Unión Europea aportará(n) bloques patrimoniales a otra(s) sociedad(es) registrada(s) en un Estado miembro distinto (2019).

En vista a lo presentado, el caso europeo es un gran referente en operaciones transnacionales precisamente por la existencia de la Unión Europea. Sin embargo, el caso latinoamericano también se ve influido en este tipo de operaciones debido al auge de las empresas multilatinas¹ y el comercio entre países gracias a tratados de comercio internacional y mecanismos de articulación económica (como, por ejemplo, la Alianza del Pacífico). No obstante, como se explicará más adelante, la realización de una reorganización transfronteriza no cuenta con un marco normativo claro desde la legislación peruana.

Por otra parte, existen más factores a considerar que los meramente comerciales o societarios. A manera de ejemplo, en el Perú, la protección internacional de inversiones no siempre ha sido una prioridad relevante al momento de establecer la estructura de una inversión, sino que se han priorizado otros aspectos, como la legislación societaria, el régimen tributario o el régimen laboral. Debido a ello, existen ciertas estructuras ineficientes desde el punto de vista de la protección internacional de inversiones, tal como es el caso de las compañías **holding** domiciliadas en las jurisdicciones extranjeras y que cuentan con escasa o nula protección internacional de inversiones.

Abordados los puntos anteriores, el presente artículo se centra principalmente en analizar conceptos jurídicos que se encuentran presentes en las reorganizaciones transfronterizas, las razones que consideramos que motivan su realización y cómo se encuentran reguladas en el Perú. Para ello, se hará énfasis en las fusiones transfronterizas y las redomiciliaciones transfronterizas, debido a que, según la experiencia de los autores, son las operaciones que más consultas han generado durante los últimos años en el Perú dado (entre otros aspectos) a la incertidumbre política y económica.

II. DOMICILIO Y NACIONALIDAD DE UNA PERSONA JURÍDICA

Como primer punto, consideramos necesario distinguir entre los conceptos de **domicilio y nacionalidad** de una persona jurídica.

¹ Empresas con presencia en varios países latinoamericanos.

A. El domicilio de las personas jurídicas

El domicilio social está regulado en el artículo 20 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades, que señala lo siguiente:

Artículo 20.- Domicilio

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 (1997).

Bajo la Ley General de Sociedades y el Reglamento del Registro de Sociedades, aprobado mediante Resolución 200-2001-SUNARP-SN (que, en la práctica, muchas veces funciona más allá de ser una norma registral como un tipo de reglamento de la propia Ley General de Sociedades), la fijación del domicilio social tendrá diversas consecuencias relevantes para el desarrollo de la sociedad. Así, por ejemplo, el domicilio social determinará la competencia registral (Resolución 200-2001-SUNARP-SN, 2001, art. 2), la competencia procesal respecto a la impugnación de acuerdos de la junta general de accionistas (Ley 26887, 1997, art. 143), el lugar donde deberá sesionar la junta general de accionistas (Ley 26887, 1997, art. 112), entre otros.

En línea de lo señalado en el párrafo anterior, debemos recordar que el domicilio social no es solo una formalidad, sino que es un elemento estructural de la sociedad que, tal como lo señala el artículo 200, numeral 2, de la Ley General de Sociedades, en caso se acuerde el traslado del domicilio social al extranjero, será una causal para que se gatille el derecho de separación de los socios que votaron en contra de dicho acuerdo o que no concurrieron a la junta (1997)². Sobre la posibilidad real de que la sociedad cambie su domicilio al extranjero volveremos más adelante.

El domicilio social no puede ser fijado de forma arbitraria por los socios, sino que debe tener una vinculación o nexo real con las actividades que realice la sociedad. Por ello, el artículo 20 de la Ley General de Sociedades brinda dos opciones para que se fije el domicilio social: (i) donde la sociedad desarrolla alguna de sus actividades principales; o (ii) donde la sociedad instala su administración (1997). Por ejemplo, una sociedad (como podría ser una entidad financiera) podrá fijar su domicilio social estatutario en Lima, en caso tuviese en esta ciudad sus oficinas principales, y desarrollar sus actividades en todo el país.

Un aspecto interesante por considerar es que el artículo 20 de la referida ley indica 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” (1997). Es decir, la norma societaria se pone en el supuesto que la sociedad haya fijado un domicilio estatutario (inscrito en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, en adelante, Registros Públicos) que no guarda relación con el domicilio ‘real’ de la sociedad. Lo anterior es perfectamente posible ya que el registrador –principalmente en la constitución de una sociedad– no tiene forma alguna de comprobar que el domicilio fijado en los estatutos sociales es el lugar donde la sociedad desarrolla alguna de sus actividades principales o donde tiene su administración.

Esta disposición encuentra su similar en el artículo 10 de la Ley de Sociedades de Capital española que señala que “en caso de discordancia entre el domicilio registral y el que corresponde según el artículo anterior, los terceros podrán considerar como domicilio cualquiera de ellos” (Real Decreto Legislativo 1/2010, 2010). Esta regla es una norma de protección a terceros como bien nos explica Espiniella:

Para el supuesto en que falte la coincidencia entre domicilio registral y domicilio real, el precepto establece la posibilidad de que los terceros escojan entre cualquiera de ellos, es decir, entre el domicilio que aparece en los estatutos y el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación. La finalidad de la norma es precisamente

² El artículo 200 de la Ley General de Sociedades dispone lo siguiente:

Artículo 200.- Derecho de separación del accionista

La adopción de los acuerdos que se indican a continuación concede el derecho a separarse de la sociedad:

1. El cambio del objeto social; [...]

Sólo pueden ejercer el derecho de separación los accionistas que en la junta hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes, los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto y los titulares de acciones sin derecho a voto (Ley 26887, 1997).

proteger a los terceros que podrían resultar perjudicados en supuestos de deslocalización de la sociedad (2011, p. 244).

Dicho esto, la posible diferencia entre el ‘**domicilio estatutario**’ y ‘**domicilio real**’ ha sido abordada también por la doctrina peruana utilizando el concepto de ‘**sede social**’ como un equivalente al ‘**domicilio real**’. Lo anterior se puede apreciar cuando Elías Laroza considera que debe diferenciarse el ‘**domicilio**’ de la ‘**sede social**’, ya que el primero puede ser una circunscripción territorial determinada en cuyo registro público se inscribe la sociedad³, mientras que el segundo es el lugar preciso en el que la sociedad puede realizar actividades o fijar su administración (2001, pp. 56-54).

Así, la normativa peruana permite expresamente el cambio de domicilio de una sociedad dentro del país, en tanto que el artículo 30 del Reglamento del Registro de Sociedades establece el procedimiento para inscribir dicha modificación ante los Registros Públicos (2001). Es claro que, según el artículo 29 del Reglamento del Registro de Sociedades, el domicilio social es una ciudad ubicada en el territorio peruano (2001). Entonces, una sociedad podría constituirse indicando su domicilio social en Lima para luego cambiarlo a Arequipa; lo cual sería una redomiciliación en territorio nacional.

Es necesario mencionar que la normativa peruana también reconoce la figura de las sucursales, definidas por el artículo 396 de la Ley General de Sociedades como un “establecimiento secundario a través del cual una sociedad desarrolla, en lugar distinto a su domicilio, determinadas actividades comprendidas dentro de su objeto social” (1997). Al ser un establecimiento de una sociedad, lógicamente, no es una sociedad distinta, por lo que la ley precisa que carecen de personería jurídica independiente, a pesar de gozar de representación legal permanente y autonomía de gestión en el ámbito de sus actividades, conforme esto fuera asignado por la sociedad (denominada ‘**principal**’).

De este modo, la sociedad principal podría ser una sociedad extranjera que constituya una sucursal con domicilio en el Perú conforme está regulado en el artículo 403 y siguientes de la Ley General

de Sociedades. En ese caso, la sociedad extranjera será reconocida como tal en el territorio peruano, y se regirá por las leyes del país de su constitución. En ese sentido, el Código Civil detalla lo siguiente:

Artículo 2073.-

La existencia y la capacidad de las personas jurídicas de derecho privado se rigen por la ley del país en que fueron constituidas.

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

La capacidad reconocida a las personas jurídicas extranjeras no puede ser más extensa que la concedida por la ley peruana a las nacionales (1984) [el énfasis es nuestro].

B. La nacionalidad de las personas jurídicas

La nacionalidad es un concepto del derecho internacional que puede ser definido como la “expresión jurídica del hecho de que el individuo a quien se le ha conferido [...], está más estrechamente vinculado a la población del Estado que se le ha conferido que a la [población] de cualquier otro Estado” (Corte Internacional de Justicia, 1955).

Sin embargo, la Ley General de Sociedades no contiene ninguna regulación sobre la nacionalidad de las sociedades. Esta falta de regulación en la Ley General de Sociedades no ha sido involuntaria, sino que se debe, como lo señala Elías Laroza, a que se consideró que la nacionalidad de las sociedades se generaba a propósito de la protección diplomática a las sociedades de un determinado Estado, aspecto que había quedado en desuso en el derecho internacional (2001)⁴.

La doctrina societaria no siempre ha sido unánime con respecto a la cuestión de nacionalidad de las

³ Al respecto, el artículo 29 del Reglamento del Registro de Sociedades establece que: “[e]n el asiento de inscripción del pacto social, del establecimiento de sucursal, o de sus modificaciones, deberá consignarse como domicilio una ciudad ubicada en territorio peruano, precisándose la provincia y departamento a que dicha ciudad corresponde” (Resolución 200-2001-SUNARP-SN, 2001).

⁴ El autor citado sostiene que:

En cuando a la protección diplomática, que fue el origen del debate sobre la nacionalidad de las sociedades, podemos decir que es un tema superado en el derecho moderno. Si bien en el pasado las grandes potencias protegían los intereses económicos de sus ciudadanos en otros países, inclusive con la fuerza militar, hoy en día la inversión extranjera se sujeta a las leyes y a la jurisdicción del país respectivo y es inaceptable que se acepten interferencias

personas jurídicas, siendo que anteriormente se ha negado ello por considerar que no existiría un vínculo afectivo entre la persona jurídica y el Estado, y debido a que una persona jurídica no podría ejercer los derechos políticos que una persona natural sí. A manera de ejemplo, la primera vez que en el Perú se propuso hablar de nacionalidad de las personas jurídicas fue durante las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil en 1923, donde se argumentó a favor de dicho concepto para poder “establecer el control fiscal, determinar la jurisdicción de los tribunales y fijar el derecho a la protección diplomática” (Mac Lean, 1963, p. 329). No obstante, la mayor parte de la doctrina se manifestó en contra de dicho concepto (Mac Lean, 1963, p. 330).

Por ejemplo, la Corte Permanente de Justicia Internacional reconoció en el Asunto de los Intereses Alemanes en la Silesia Polaca que:

El término ‘nacional’ en la Convención de Ginebra contempla generalmente personas físicas. Pero una relación análoga a la que existe entre las personas físicas y un Estado, que se llama nacionalidad, también existe, aunque en forma diferente, en el caso de corporaciones de derecho interno (Corte Permanente de Justicia Internacional, citada por Mac Lean, 1963, p. 330).

Por su parte, en el Perú, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 03592-2007-PA/TC, ha reconocido que las personas jurídicas también son titulares de diversos derechos constitucionales y dentro de los derechos que se les reconoce se encuentra el derecho a la nacionalidad (2009).

Entonces, si aceptamos que las personas jurídicas sí tienen nacionalidad propia –tal como ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional peruano– surge otra importante (y quizás principal) interrogante ¿Cómo determinar la nacionalidad de la persona jurídica? Para esa respuesta, la doctrina⁵ ha desarrollado los siguientes criterios:

a) **Teoría de la constitución:** Bajo este criterio, la nacionalidad, entendida como el cumplimiento de los requisitos formales establecidos por una determinada legislación para la obtención de la personalidad jurídica, sería aquella del Estado en el cual se constituyó la

sociedad. Dicha teoría encuentra su principal fundamento en la separación de la sociedad y quienes la constituyen; siendo que la persona jurídica tiene obligaciones y derechos propios distintos a los de sus accionistas. Es decir, si los socios fundadores, sin importar su nacionalidad, han cumplido con todos los procedimientos para constituir una sociedad según la legislación de un país, la sociedad –que cuenta con personalidad jurídica propia independiente– tendrá la nacionalidad de dicho país.

b) **Teoría del domicilio:** Bajo esta teoría, la sociedad tendrá la nacionalidad del país en donde se encuentre su **domicilio real**. Recordemos en este punto que más allá del domicilio estatutario de una sociedad, se considerará como domicilio real aquel lugar en donde la sociedad realice sus actividades principales o donde tenga su administración. Con ello, no bastará con que una sociedad se constituya en un determinado país para adquirir su nacionalidad, sino que deberá tener su domicilio real en dicho país. Como vemos, esta teoría será más dinámica que la teoría de la constitución, debido a que no se fija principalmente en el momento de la constitución de una sociedad, sino que se centra en la realidad económica de las actividades empresariales de la sociedad.

c) **Teoría del control:** La nacionalidad sería la de los accionistas o socios que ejercen el control de la sociedad. Por ejemplo, si los accionistas mayoritarios –o quienes en la práctica ostentan el control (por ejemplo, por tener el derecho de nombrar a la mayoría del directorio de la sociedad)– de una sociedad son mexicanos, la sociedad también adoptará dicha nacionalidad. Esta teoría cobró interesante aplicación durante la Primera Guerra Mundial cuando se incautaban bienes de una sociedad aliada o neutral porque, a pesar de su lugar de constitución o domicilio, estaba controlada por intereses económicos enemigos (Novak, 1997).

Cada teoría tiene sus pros y contras. Así, la teoría de la constitución y del domicilio generan que sea mucho más sencillo determinar la nacionalidad de una persona jurídica, ya que responden a términos objetivos, pero no servirían para –por ejemplo– lo-

diplomáticas en conflictos por intereses económicos privados (...) nuestra LGS ha optado por no denominar a las sociedades como «peruanas» o «extranjeras», sino como «constituidas en el Perú» y «constituidas en el extranjero» (Elías, 2001, p. 72).

⁵ Para más información, véase a Mereminskaya (2005b).

grar que sus accionistas cuenten con una protección internacional de su inversión en la sociedad. En cambio, el criterio del control sí podría ser susceptible de generar una nacionalidad más 'real' de la sociedad con la ventaja de contar con una protección de la inversión de los accionistas, pero será mucho más difícil de determinar en sociedades que cuenten con un verdadero accionariado disperso (como sociedades que cotizan en bolsa) o cuando existan situaciones de 'co-control' entre distintas personas.

Quizás el caso más paradigmático en el tema de nacionalidad de sociedades es el caso *Barcelona Traction Light and Power Company Limited (España c. Bélgica)* conocido por la Corte Internacional de Justicia en 1970. Según la Corte, la teoría de control generaba una situación de inseguridad jurídica debido a que la nacionalidad de la sociedad se encontraría en un estado de constante mutación y, por ello, consideró que la nacionalidad de las personas jurídicas debía determinarse por las leyes del Estado en donde se constituyó, adoptando de tal modo la teoría de la constitución (Corte Internacional de Justicia, 1970, citado en Novak, 1997).

En reorganizaciones societarias transfronterizas será importante determinar el criterio a emplear respecto a la nacionalidad de las personas jurídicas, especialmente, al referirse a la protección de las inversiones. No obstante, como fue comentado, en el Perú no existe una disposición en la Ley General de Sociedades o en el Código Civil que reconozca como 'peruanas' a las sociedades constituidas y/o domiciliadas en el Perú.

III. ¿QUÉ SON LAS FUSIONES Y POR QUÉ SE REALIZAN?

La doctrina ha buscado definir a la fusión como

[U]na operación jurídica afectante a dos o más sociedades, que conduce a la extinción de todas o alguna de ellas y a la integración de sus respectivos socios y patrimonios en una sola

sociedad ya preexistente o de nueva creación (Uría González, 2005, p. 342).

O, dicho de otra manera, como

Una operación mediante la cual dos o más sociedades se reúnen a efectos de formar una sola, confundiendo sus respectivos patrimonios e integrando a sus socios, de acuerdo a las formas previstas por la ley y cumpliendo con los requisitos establecidos en ésta (Israel & Filomeno, 2003, p. 1188).

En palabras simples y coloquiales, una fusión no es más que la unión de dos o más sociedades para formar una sola. Esta unión se puede llevar a cabo, fundamentalmente, de dos maneras⁶:

- a) **Fusión por absorción:** Es la forma más común de fusión, en la cual una de las sociedades participantes (denominada '**absorbente**') adquiere el patrimonio de la otra (denominada '**absorbida**') y esta última se extingue.
- b) **Fusión por incorporación:** En esta otra modalidad, todas las sociedades participantes se extinguirán, y se constituirá una nueva sociedad que será la que adquiera el patrimonio de las sociedades participantes.

Si bien ambas modalidades tienen estructuras diferentes, existen elementos comunes para toda fusión, como son: (i) la extinción de la personalidad jurídica de una o más sociedades (las sociedades absorbidas, en el primer caso, o de todas las participantes, en el segundo); (ii) la transmisión en bloque y a título universal del patrimonio de las sociedades que se extinguen a favor de las que no se extinguen; y (iii) la compenetración o agrupación de los accionistas de las sociedades (Hundskopf Exebio, 2007, p. 254).

Ahora bien, no es intención del presente artículo profundizar en los requisitos y elementos legales

⁶ Al respecto, el artículo 344 de la Ley General de Sociedades indica lo siguiente:

Artículo 344.- Concepto y formas de fusión

Por la fusión **dos a más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley**. Puede adoptar alguna de las siguientes formas:

1. La **fusión de dos o más sociedades para constituir una nueva sociedad incorporante** origina la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque, y a título universal de sus patrimonios a la nueva sociedad; o,
2. La **absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente** origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas.

En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen por la fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, en su caso (1997) [el énfasis es nuestro].

concernientes a las fusiones⁷, pero sí es importante recordar que estas últimas, así como el derecho corporativo en general, obedecen a motivaciones prácticas, tales como necesidades comerciales, financieras y/o económicas de la compañía, su grupo económico y/o sus accionistas. El desarrollo legal de estas actividades, por el contrario, es una herramienta al servicio de estos intereses y necesidades.

Algunas de las razones de índole empresarial detrás de las fusiones serán las sinergias, que se refieren a los “efectos derivados de la acción conjunta de dos o más empresas, destacando que tal efecto no se producirá si estas trabajasen de forma independiente” (citado en Arce, 2008, p. 143). Estas pueden clasificarse en:

a) **Sinergias operacionales**⁸:

- **Integración horizontal:** Se produce entre empresas de un mismo mercado o sector, y puede deberse, por ejemplo, a razones de economía de escala en las que se fusionan compañías para reducir costos fijos.
- **Integración vertical:** Se produce entre empresas de mercados diferentes, pero que están relacionadas en su cadena de producción, con la principal razón de reducir los costos de transacción. Un ejemplo sería el caso de una empresa que adquiere a las compañías que manejan sus canales de distribución.
- **Diversificación de actividades relacionadas:** Al igual que en el caso anterior, se produce entre empresas de mercados diferentes, pero que pueden estar relacionadas comercial o económicamente.

b) **Sinergias financieras:**

- **Sinergias financieras puras:** En este caso, se buscará una estructura de capital más eficiente.
- **Sinergias fiscales:** Con estas operaciones se puede buscar optimizar la estructura tributaria de las compañías mediante las fusiones, así como explotar ventajas fiscales que no fueron previamente aprovechadas (como concesiones fiscales, compensaciones de pérdidas, entre otras) (Mascareñas, 2005, pp. 11-12).

- c) **Sinergias estratégicas:** son aquellas que aportan distintas oportunidades de crecimiento y/o diversificación de las compañías. Dentro de estas sinergias, por ejemplo, podríamos mencionar la eliminación de una gestión ineficiente por parte de los administradores de una o más de las compañías involucradas en la fusión (Mascareñas, 2005, pp. 11-12).

En ese sentido, será muy importante tener en consideración cuáles pueden ser las motivaciones detrás de una fusión –motivaciones que, cómo se puede apreciar, van más allá del campo jurídico– para evaluar cuál puede ser la mejor estrategia legal por emplear según el caso concreto.

IV. ¿QUÉ ES UNA REDOMICILIACIÓN Y POR QUÉ SE REALIZA?

A diferencia de una fusión, el concepto de redomiciliación es mucho más sencillo, ya que consiste en la decisión de una sociedad de cambiar su domicilio social y, de este modo, cambiar el ordenamiento jurídico que le resulta aplicable. Por ejemplo, como señalamos previamente, una redomiciliación nacional se daría con el cambio del domicilio de una sociedad de la ciudad de Lima a la ciudad de Arequipa. Ello generará que la sociedad se encuentre inscrita en una oficina registral distinta y las normas que utilicen el concepto de domicilio social se entiendan con el nuevo domicilio (lugar de celebración de juntas, competencia del juez de domicilio social, entre otros), sin que sea necesario disolver ni liquidar la sociedad, y manteniendo de tal manera su personalidad jurídica.

La redomiciliación de sociedades al extranjero consideramos que tendrá como principal objetivo cambiar la normativa que le sea aplicable, no solo societaria, sino también como podría ser la laboral, tributaria, regulatoria, entre otras. La doctrina española ha considerado que

El traslado del domicilio social al extranjero implica, conforme al Derecho Español, que la sociedad adopta la nacionalidad del país de destino. Por ello, el traslado del domicilio conlleva, en realidad, la adopción de una nueva nacionalidad y consiguientemente un cambio del Derecho aplicable a la sociedad. El traslado del domicilio social implica una modificación de la *lex societatis* (Goenechea & García, 2009, p. 16).

⁷ Dichos requisitos se encuentran en el Título II de la Ley General de Sociedades, entre otras normas.

⁸ Véase a Ferrero Álvarez Calderón (2003).

Como puede notarse, el cambio de nacionalidad de la sociedad producto de una redomiciliación estará estrechamente vinculada a si las jurisdicciones involucradas adoptan el criterio de domicilio para determinar la nacionalidad de las personas jurídicas.

V. LA GLOBALIZACIÓN

Es indudable que en los últimos años se ha producido una aceleración del fenómeno de la globalización y, consecuentemente, una creciente integración de las economías locales hacia una economía de mercado global. Tres variables se han usado típicamente para estudiar la globalización económica: (i) el comercio extranjero; (ii) la inversión directa extranjera (considerada como inversión en la cual se tiene control de la administración de la compañía); y (iii) la inversión de cartera extranjera (considerada como inversión **pasiva**, en el sentido que no se tiene control de la administración de la compañía, sino que la ganancia es meramente especulativa) (Babones, 2007, p. 145).

El campo de las reorganizaciones societarias no ha sido ajeno a este panorama. Desde los años noventa empezó a aumentar el número de operaciones de fusiones y adquisiciones transfronterizas (Kang & Johansson, 2000), y con ello se agudizó la necesidad de regulación que facilitara estas operaciones.

Sin embargo, este fenómeno no ha estado exento de dificultades:

Debido a las fusiones internacionales, la nacionalidad de las empresas se vuelve aún más imprecisa. Las empresas multinacionales están más libres que nunca [...]. Las propias empresas tienen instalaciones y empleados en diversos países, atienden muchos mercados nacionales y compran suministros y componentes en todo el mundo. Muestran menos lealtad a países particulares y un resentimiento creciente hacia las regulaciones y restricciones a nivel nacional que pueden obstaculizar sus actividades y evitar que obtengan las ganancias de las inversiones transfronterizas (Kang & Johansson, 2000, p. 6).

En otras palabras, con la globalización y las operaciones transfronterizas, las empresas tienen más libertad de decidir en qué país finalmente se es-

tablecerán, teniendo en consideración, además de los criterios propiamente empresariales, el elemento regulatorio, es decir, qué normas consideran que se adaptan mejor para las actividades que quieren realizar.

VI. CONSIDERACIONES PARA UNA REESTRUCTURACIÓN TRANSFRONTERIZA

Como el lector podrá notar, una reorganización societaria transfronteriza (refiriéndonos a la fusión y redomiciliación) dista mucho de ser un asunto sencillo. Al contrario, existen distintos aspectos relacionados a estas operaciones que se encuentran dentro del grupo de ‘transacciones estructurales’ (como lo ha denominado la doctrina), debido a que “modifican el perfil organizativo, funcional o económico de la empresa” (Paz-Ares, 2019, p. 104).

A. Consideraciones de Derecho Internacional

La nacionalidad de las personas jurídicas tradicionalmente ha sido relevante para los efectos de la protección diplomática que un Estado les puede prestar a sus nacionales. Por ello, resulta de gran relevancia que la normativa de cada país adopte alguna teoría para determinar la nacionalidad de las personas jurídicas. Por ejemplo, el artículo 8 de la Ley de Sociedades de Capital española regula bajo el título de ‘nacionalidad’ que: “serán españolas, y se regirán por la presente ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido” (2010).

En ese sentido, cabe mencionar que, por ejemplo, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI) exige en el Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante, Convenio CIADI), entre sus requisitos, para que pueda conocer una controversia, que la disputa surja directamente de una inversión y que se plantee entre el Estado receptor de la inversión y un nacional de otro Estado (ambos signatarios del Convenio), precisando que el ‘**nacional de otro Estado**’ debe ser una persona natural o jurídica que tenga la **nacionalidad** de dicho otro Estado (2006)⁹. El Convenio CIADI no especifica qué debe entenderse por **nacionalidad**

⁹ El Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y Nacionales de Otros Estados establece lo siguiente:

Artículo 25

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el **nacional de otro Estado Contratante** y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

en el caso de personas jurídicas, aunque en su jurisprudencia, históricamente, el CIADI muchas veces ha adoptado el criterio de constitución (Vives Chillida, 1998, p. 108).

No obstante lo anterior, el Convenio CIADI se refiere excepcionalmente en su artículo 25, numeral 2, literal b, al control que tienen los accionistas sobre la sociedad, al mencionar la posibilidad de que “las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter [de nacional], a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero” (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2006). Al respecto, para que esta excepción produzca efectos jurídicos, “se requiere, primero, que el control extranjero sea un hecho real y, segundo, que el Estado receptor haya expresado su consentimiento de brindar a tal sociedad local un trato que correspondería a las extranjeras” (Mereminskaya, 2005b, p. 150).

B. Consideraciones societarias

Como se ha mencionado al momento de hablar de la globalización, fenómenos como las fusiones y redomiciliaciones transfronterizas permiten que las sociedades elijan finalmente la jurisdicción que mejor se acomodará a sus intereses e incluso tomando en cuenta el país que consideran que cuenta con un marco jurídico más estable, puesto que no estarán limitados únicamente a su jurisdicción inicial. Los controladores de una sociedad podrán, de esta manera, tener la posibilidad de migrar la sociedad al país con el régimen que más le convenga, que consideren más predecible o estable, teniendo en consideración diferentes aspectos como las formas societarias permitidas en cada país, el sistema de protección de inversiones, las normas sobre la información exigida por los reguladores a las sociedades, la posibilidad de listar las acciones en determinado mercado de valores, entre otros.

Sin embargo, como hemos indicado, esta decisión de las compañías de ‘mudarse’ a otra jurisdicción puede traer inconvenientes, especialmente para los países receptores. A manera de ejemplo, existe una figura conocida como el ‘abuso de la jurisdic-

ción’, el cual se configura cuando “un demandante adquiere una inversión con el único propósito de conseguir la jurisdicción de un tribunal de inversiones, basado en su nacionalidad respecto a una controversia que ya existe o cuya existencia es inminente” (Puccio Sala, 2020, p. 190). Es un fenómeno que en buena cuenta podríamos asemejar a un ‘abuso del derecho’.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que el punto societario más relevante a analizar es si las jurisdicciones involucradas en la reorganización societaria permiten la celebración de las mismas, es decir, si el país de origen (entendido como el país donde se encuentra constituida la sociedad a migrar o las sociedades involucradas en la fusión) y el país receptor (entendido como el país a donde desea trasladarse el domicilio social o donde subsistirá la sociedad resultante de la fusión) permiten la ejecución de reorganizaciones societarias transfronterizas principalmente en el sentido que aseguran el mantenimiento de la personalidad jurídica en el país donde desea establecerse la sociedad o en donde subsistirá la sociedad resultante de la fusión.

C. Consideraciones tributarias

Hemos mencionado, al hablar de las razones detrás de una fusión, que las sinergias financieras son de gran importancia en estas decisiones, y dentro de ellas se encuentran las consideraciones tributarias que pueden tener los controladores de una sociedad al momento de optar por realizar una fusión transfronteriza. En el caso de la redomiciliación, el aspecto tributario cobrará especial atención sobre la posible búsqueda de estar sometido a un determinado régimen tributario que pueda resultar más beneficioso (por ejemplo, por aplicarse tasas de impuestos más bajas, existencia de tratados con beneficios tributarios, entre otros).

Al momento de evaluar si se realizará la fusión transfronteriza o una redomiciliación transfronteriza, se tendrán que evaluar los aspectos tributarios de la operación con relación a dos aspectos fundamentales:

(2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:

(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la **nacionalidad de un Estado Contratante** distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la **nacionalidad de un Estado Contratante** distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, **por estar sometidas a control extranjero** (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2006) [el énfasis es nuestro].

- a) **Respecto a la operación misma:** Una fusión transfronteriza, incluso con normas que lo permitan, siempre será una operación compleja. Además, mientras más grande sea la empresa que se ‘mudará de país’, más difícil será dicha mudanza desde el punto de vista tributario. En ese caso, se tendrán que evaluar los impactos tributarios no solo del movimiento de la sociedad como tal, sino también del negocio que esta representa (es decir, un movimiento de bienes incluyendo flujos dinerarios). Por su parte, si bien pareciera que la redomiciliación sería más sencilla al no involucrar a más sociedades, también deberá evaluarse si el traslado del domicilio social a un país extranjero gatilla el pago de un tributo de salida que –en algunos casos– podría incluso tratarse como una venta de activos.
- b) **Respecto a las operaciones posteriores:** Tan o incluso más importante que lo anterior es la evaluación del nuevo régimen tributario para la sociedad si se trasladara, como producto de la fusión, una sociedad y/o su negocio (en caso dicha sociedad sea absorbida) y mucho más claro en la redomiciliación al extranjero.

Por ejemplo, en términos sencillos, si una sociedad constituida en su país se traslada a un país distinto, pero sus accionistas (y/o beneficiarios finales) son domiciliados en un país tercero (distinto al del país de origen y de destino). Se deberá evaluar las ventajas o desventajas de los distintos regímenes jurídicos aplicables ¿El régimen del país destino es más beneficioso para la entrada y/o salida de flujos hacia el país en el que están domiciliados los accionistas? ¿Qué otras consecuencias existen para los accionistas? Como es evidente, las consideraciones serán prácticas, y dependerán de la operativa de cada compañía en concreto.

D. Consideraciones empresariales

Como hemos mencionado, las reorganizaciones societarias obedecen fundamentalmente a razones empresariales (comerciales, financieras, económicas, entre otras). En ese sentido, existirán distintas razones para que una empresa pueda considerar participar en una fusión transfronteriza o mudar su domicilio al extranjero. Estas pueden ser:

- a) **Mejorar el régimen societario de la sociedad y/o de su grupo económico:** Por ejemplo, en ocasiones, se puede decidir simpli-

ficar la malla societaria de un determinado grupo que tiene distintas empresas en diferentes países, pero que, tal vez, sus operaciones se realicen en unos pocos países. En ese caso, podría ser más conveniente para el grupo simplificar la cantidad de empresas que tiene y las jurisdicciones donde estas se encuentran, lo cual ahorraría costos de transacción.

- b) **Expandir el grupo económico:** Mediante las fusiones transfronterizas se podría transferir el patrimonio de una compañía a otra que se encuentre domiciliada en otro país, lo cual podría significar fortalecer la inversión de ese grupo económico en dicho país.
- c) **Elegir un régimen laboral más acorde a sus actividades:** En este caso, la posibilidad de elegir la *lex societatis* que regirá las actividades de la sociedad (ya sea cambiando el domicilio social al extranjero o siendo absorbida por una sociedad extranjera) también implicará la alternativa de escoger un régimen laboral más compatible según la realidad económica de la empresa. Por ejemplo, se podrá tener en cuenta los plazos para los periodos de prueba en distintas jurisdicciones, la regulación sobre trabajadores de confianza, entre otros.
- d) **Consideraciones respecto a paraísos fiscales:** En ocasiones, los grupos económicos constituyen compañías en los denominados ‘países de baja o nula imposición’, también conocidos como ‘paraísos fiscales’ por las ventajas tributarias que aquello podría traerles. Sin embargo, otros factores pueden hacer que, mediante una fusión, se elija transferir su patrimonio (incluyendo líneas de negocio) al Perú.

Por ejemplo, imaginemos que una empresa ‘Y’ se encuentra domiciliada en Panamá y es un *holding* de empresas domiciliadas en el Perú, dentro de las cuales se encuentra la compañía ‘X’, que desarrolla sus actividades en el Perú. En este caso, la única utilidad de ‘Y’ para el grupo económico es ser propietaria de ‘X’, por la ventaja tributaria que le podría representar estar domiciliada en un paraíso fiscal. Sin embargo, existen otras desventajas operativas, como tener que contratar administradores y asesores legales que trabajen en Panamá, entre otras. El grupo económico podría optar en ese caso con fusionar a ‘X’ e ‘Y’, con lo cual ‘Y’ se extinguiría y simplificaría la administración del negocio.

VII. LA REGULACIÓN DE LA REDOMICILIACIÓN Y FUSIÓN TRANSFRONTERIZA EN EL PERÚ

Luego de haber logrado diferenciar a la redomiciliación de la fusión transfronteriza, analizaremos en los siguientes párrafos la regulación especial de ambas figuras en nuestro país.

A. Redomiciliación

En el Perú, es posible que una sociedad que haya sido constituida en el extranjero pase a radicar en el Perú manteniendo su personalidad jurídica, es decir, sin tener que liquidarse en su país de origen y constituir una nueva sociedad peruana. En ese sentido, el artículo 394 de la Ley General de Sociedades regula que:

Cualquier sociedad constituida y con domicilio en el extranjero, puede radicarse en el Perú, conservando su personalidad jurídica y transformándose y adecuando 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 (1997).

En la misma línea, el Reglamento del Registro de Sociedades regula expresamente el procedimiento para la redomiciliación, el cual consiste en lo siguiente:

- a) Deberá elaborarse una escritura pública extendida ante notario o cónsul peruano, que contenga el texto de la resolución o acta emitida por el órgano competente de la sociedad extranjera, acordando expresamente: (i) la decisión de radicar en el Perú y transformarse; (ii) la forma societaria peruana a escoger y la consecuente adecuación del pacto; (iii) la designación de la persona autorizada para suscribir la minuta y la escritura pública en el Perú; y (iv) la decisión de solicitar al registro del país de origen (o institución análoga) la cancelación de su inscripción, después de que registros públicos efectúe la anotación preventiva de la reorganización de la sociedad extranjera.

Cabe mencionar que, para que la redomiciliación opere, es necesario que el objeto social de la sociedad extranjera sea compatible con el país receptor. Por ejemplo, una sociedad que en los Países Bajos se dedique al comercio legal de marihuana difícilmente podría redomiciliarse al Perú con ese mismo objeto social, dado que en el Perú aquello no constituye una actividad lícita y, por tanto, es contraria al ordenamiento jurídico peruano.

- b) La referida escritura pública deberá presentarse ante los registros públicos peruanos y dará lugar a la apertura preventiva de una partida registral, según corresponda a la forma escogida por la sociedad extranjera, en cuyo asiento registral se indicará el plazo de su vigencia, entre otros datos pertinentes a la forma societaria elegida por la sociedad extranjera.
- c) En un plazo de seis meses a partir de la fecha de la apertura preventiva de la partida, la sociedad extranjera deberá acreditar la cancelación de su inscripción en el registro de su país de origen (o institución análoga), indicando la fecha de cancelación. En caso no se acredite la cancelación en el plazo mencionado, caducará la apertura preventiva de la partida registral de la sociedad redomiciliada en el Perú.
- d) Luego de que la sociedad extranjera haya acreditado la cancelación de su inscripción en el registro de su país de origen, se producirá la inscripción definitiva en la partida registral peruana. En este caso, los efectos de la inscripción se retrotraerán a la fecha de la cancelación de su inscripción en el registro o institución análoga en el país de origen (2001).

El procedimiento descrito operará como una constitución de una sociedad en el Perú, en el sentido que, posteriormente a la inscripción de la sociedad redomiciliada en los registros públicos peruanos, deberá gestionarse la inscripción en el Registro Único de Contribuyentes de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria y tramitar las legalizaciones de los libros societarios y contables correspondientes.

Asimismo, la redomiciliación tiene diferentes ventajas además de permitir el cambio de la sede social a otra jurisdicción, tales como las siguientes:

- a) Permite la transformación societaria de una forma jurídica prevista en la ley del país de origen a una nueva forma societaria, correspondiente a la nueva jurisdicción. Asimismo, existirá una nueva *lex societatis* que rija a la sociedad redomiciliada.
- b) Debido a que la sociedad redomiciliada no se extingue, conservará su personalidad jurídica, lo cual permitirá que exista continuidad de la personalidad jurídica de la sociedad redomiciliada y, como tal, también que existirá una conservación de su patrimonio y de los actos comerciales y actos societarios celebrados previamente en su país de origen.

Claro está que este patrimonio estará sujeto a las normas del nuevo país (incluyendo los aspectos tributarios).

- c) Conserva las posiciones de los socios y contrapartes contractuales.

Ahora bien, desde el punto de vista fiscal, la redomiciliación con frecuencia cambia la calidad de contribuyente para efectos tributarios. Nuevamente, el Estado será un protagonista en estas consideraciones.

Como hemos venido mencionado, en buena cuenta, a los Estados no les agrada del todo que las empresas puedan irse de su país a su antojo a buscar otro país con 'condiciones de mercado' que les sean más afines (es decir, una especie de competencia regulatoria y legislativa en la cual 'el consumidor' son las empresas) o que consideren que les brinda un marco jurídico más predecible (que podría generar incluso una fuga de capitales al extranjero). De esta manera, existe la figura de un '*exit tax*', que no es otra cosa que un impuesto de salida disuasivo para aquellas grandes fortunas que cambian de domicilio de un país a otro con la finalidad de evadir impuestos o, dicho de otro modo, son "barreras a la libertad de movimiento de las empresas que los Estados deciden implementar, como aquella que «descubre» nuevos intangibles, a fin de gravar la plusvalía que se genera cuando una sociedad traslada su sede a otro país" (Mares, 2013, p. 3).

Estos impuestos se han implementado principalmente en la Unión Europea con la finalidad de prevenir la evasión y el fraude fiscal, así como proteger su recaudación, considerando, como sostiene Mares, que el:

Traslado de un contribuyente a otro Estado miembro puede buscar sólo el aprovechamiento indebido de un régimen fiscal menos oneroso y ello va en detrimento de la legítima expectativa de ingresos tributarios que tiene el Estado de origen sobre unas rentas que el contribuyente ha generado dentro de su jurisdicción antes de su traslado (Mares, 2013, p. 14).

Por el contrario, otras jurisdicciones como los llamados 'paraísos fiscales' no suelen aplicar tributos a la migración internacional de sociedades.

Hasta este punto del presente apartado, hemos reflexionado acerca de la redomiciliación de una

sociedad extranjera a nuestro país, lo cual está permitido expresamente por las mismas normas. Sin embargo, la situación no es clara si la miramos al revés, es decir, si una sociedad peruana se quisiera redomiciliar en el extranjero.

Como hemos mencionado, el artículo 200 de la Ley General de Sociedades establece como causal que gatilla la posibilidad que los accionistas ejerzan su derecho de separación de la sociedad, el que se haya adoptado el acuerdo de trasladar el domicilio de la sociedad al extranjero (1997). Asimismo, el artículo 20 de dicha ley indica que 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" (1997). En ese sentido, la misma Ley General de Sociedades pareciera en un primer término reconocer que una sociedad peruana sí podría redomiciliarse al extranjero.

No obstante, en la Ley General de Sociedades no encontramos una norma equivalente al artículo 394 que permita expresamente que una sociedad peruana pueda trasladarse al extranjero. Además, a diferencia de lo que sucede con el procedimiento previsto por la normativa registral para redomiciliar una empresa extranjera al Perú, no existe un procedimiento formal para redomiciliar una sociedad peruana al extranjero. Por lo tanto, a nivel normativo no existiría la posibilidad que una sociedad peruana traslade su domicilio al extranjero.

Por otra parte, el Anteproyecto de la Ley General de Sociedades¹⁰, que reemplazaría a la actual Ley General de Sociedades, sí se preocupa en regular expresamente tanto la redomiciliación de sociedades extranjeras al Perú como la redomiciliación de sociedades peruanas al extranjero. Esto se observa en su artículo 381, que señala lo siguiente:

Artículo 381.- Redomiciliación de sociedades
Cualquier sociedad con domicilio en el extranjero, siempre que la ley nacional y la legislación del país de origen no lo prohíban, puede radicarse en el Perú, conservando su personalidad jurídica y transformándose y adecuando su 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.

Cualquier sociedad con domicilio en el Perú, siempre que la ley nacional y la ley extranjera aplicable no lo prohíban, puede radicarse en

¹⁰ Anteproyecto de la Ley General de Sociedades, elaborado por el grupo de trabajo conformado por Resolución Ministerial 0108-2017-JUS.

el extranjero, conservando su personalidad jurídica y transformándose y adecuando su estatuto a la forma societaria que decida asumir en la jurisdicción extranjera aplicable. Para ello, debe cancelar su inscripción en el Registro y formalizar su inscripción en el registro aplicable de la jurisdicción extranjera correspondiente (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018) [el énfasis es nuestro].

Sin perjuicio de lo señalado previamente, debemos traer a mención la Resolución 444-2022-SUNARP-TR de la Cuarta Sala del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos emitida el 7 de febrero del 2022. En el caso analizado, en primera instancia se tachó sustantivamente la solicitud de inscripción de cierre de partida registral por cambio de domicilio al extranjero de la persona jurídica denominada Stracon Mining Infraestructure S.A.C. debido a que la registradora consideró que:

No 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 de 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 [...] Respecto al cierre definitivo de partida social, deberá cumplir con la formalidad requerida para la disolución, liquidación y extinción de la sociedad (2022).

Es decir, la registradora adoptó un criterio similar al expuesto previamente en el presente trabajo. Sin embargo, en segunda instancia, el Tribunal Registral adoptó un criterio distinto al considerar que, por analogía al artículo 30 del Reglamento del Registro de Sociedades (que regula el cambio de domicilio social dentro del territorio peruano) (Resolución 200-2001-SUNARP-SN)¹¹, correspondía admitir la posibilidad de cerrar una partida de una sociedad peruana que haya adoptado la decisión de cambiar su domicilio al extranjero bajo el siguiente argumento principal:

El objetivo o justificación subyacente del artículo 30 del Reglamento del Registro de Sociedades es indudable: franquear la posibilidad 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, dónde «hallarle» jurídicamente, conocer dónde se 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 diferencia 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 de Registro de Sociedades 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. 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 el extranjero, estando al mandato constitucional de no discriminación y al principio pro homine (2022).

Entonces, de acuerdo con el último criterio adoptado por el Tribunal Registral en la resolución citada, será posible jurídicamente cerrar la partida registral de una sociedad peruana por su cambio de domicilio social al extranjero sin tener que pasar por todo el proceso de disolución, liquidación y extinción previsto en la Ley General de Sociedades; pese a que la misma no reconoce expresamente dicha posibilidad.

Desde nuestro punto de vista, concordamos con el fondo de la resolución del Tribunal Registral, ya que es clara su intención de permitir que una sociedad peruana sea libre de trasladar su domicilio social al extranjero. Por ende, consideramos

¹¹ Sostiene lo siguiente:

Artículo 30.- Cambio de domicilio

Para inscribir el cambio de domicilio en el Registro de una Oficina Registral distinta a aquella donde está inscrita la sociedad o sucursal, se presentará al Registrador del nuevo domicilio, además de la escritura de modificación del estatuto, copia literal de todos los asientos de inscripción de la partida registral, que incluya el del cambio de domicilio, salvo que el sistema informático permita la remisión por medio electrónico autorizado de dichos asientos.

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 200-2001-SUNARP-SN, 2001).

que precisamente ese debe ser el objetivo de la normativa peruana en línea de las tendencias y realidad respecto a la movilidad internacional de las empresas. No obstante, no somos de la opinión de que basta con realizar una interpretación análoga del artículo 30 del Reglamento del Registro de Sociedades para brindar un marco ordenado para que una sociedad peruana se redomicilie al extranjero manteniendo su personalidad jurídica en el país de destino y que el artículo 20 de la Ley General de Sociedades sea la norma sustantiva habilitante para que una sociedad peruana cambie su domicilio al extranjero.

Sobre la norma sustantiva habilitante, opinamos que —más allá de que la Ley General de Sociedades actualmente contiene los artículos 20 y 200 que prevén disposiciones sobre el traslado domicilio de una sociedad peruana en el extranjero— debería existir una norma espejo al artículo 395 de la Ley General de Sociedades que permita expresamente el traslado del domicilio de una sociedad peruana al extranjero tal como lo prevé el Anteproyecto de la Ley General de Sociedades citado anteriormente. Lo anterior debido a que debe tenerse presente que el gran ‘riesgo’ de no contar con una norma en la Ley General de Sociedades clara y un procedimiento registral —o al menos un artículo especial en el Reglamento del Registro de Sociedades— para la redomiciliación de sociedades peruana genera que el criterio de la Cuarta Sala Civil del Tribunal Registral pueda ser modificado en caso la misma sala u otra sala del Tribunal Registral decida apartarse del mismo y convocar al Pleno del Tribunal Registral para decidir cuál criterio prevalece conforme lo señala el artículo 33 del Reglamento General de los Registros Públicos¹².

Además, el ordenamiento jurídico peruano debería brindar un marco legal más ordenado con respecto a los efectos de una redomiciliación de una sociedad peruana al extranjero, ya que, si

bien con el último criterio del Tribunal Registral será posible esta medida desde un punto de vista registral, ello no se condice —al menos a la fecha de elaboración del presente trabajo— con el criterio adoptado por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, en el sentido de que una persona jurídica se considerará domiciliada en el Perú para efectos tributarios salvo que se extinga¹³.

B. Fusión transfronteriza

Como señalamos, la fusión transfronteriza de sociedades es, en buena cuenta, una fusión en la que las sociedades involucradas tienen su domicilio en distintas jurisdicciones. Dicho de otra manera, se trata de:

Una operación, de naturaleza contractual, mediante la cual una o varias sociedades por acciones o anónimas, de diferentes nacionalidades, regularmente constituidas conforme a la legislación nacional a la que estén sujetas, transfieren a otra sociedad ya existente (la sociedad absorbente), o constituida por ellas (la sociedad de nueva creación), que les sucede y asume la condición de empleador respecto de los trabajadores de las sociedades que se fusionan, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación y extinción, la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios, bien de acciones de la sociedad absorbente, o de la sociedad de nueva creación, bien de otros intereses, obligaciones, otros valores, derechos de contenido patrimonial o efectivo, o bien de una combinación de cualesquiera de ellos, salvo que la sociedad absorbente ya posea la totalidad de sus acciones (Tapia Frade, 2017, p. 17).

Al igual que en una redomiciliación, con una fusión transfronteriza se busca la continuidad de la sociedad en el sentido de que no sea necesaria su liqui-

¹² El artículo 33 sostiene lo siguiente:

[...]

b.2.) Cuando una Sala del Tribunal Registral conozca en vía de apelación un título con las mismas características de otro anterior resuelto por la misma Sala u otra Sala del Tribunal Registral, aquella deberá sujetarse al criterio ya establecido, salvo lo dispuesto en el siguiente párrafo.

Cuando la Sala considere que debe apartarse del criterio ya establecido, solicitará la convocatoria a un Pleno Registral extraordinario para que se discutan ambos criterios y se adopte el que debe prevalecer. La resolución respectiva incorporará el criterio adoptado aun cuando por falta de la mayoría requerida no constituya precedente de observancia obligatoria, sin perjuicio de su carácter vinculante para el Tribunal Registral (Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 2012).

¹³ La Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria opinó en su Informe 040-2021-SUNAT/7T0000 que:

Una sociedad constituida en el Perú que no ha sido disuelta y liquidada y mantiene su personalidad jurídica, así como todos sus activos, pasivos y realiza sus operaciones en el Perú, para efectos del Impuesto a la Renta, continúa considerándose 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 (2021).

dación y extinción para poder realizar el objetivo: en el caso de una redomiciliación, poder mudarse a otro país; y en el caso de la fusión transfronteriza, fusionarse con una sociedad de otro país.

El artículo 2074 de nuestro Código Civil pareciera contemplar la posibilidad de una fusión transfronteriza, cuando menciona que requiere el reconocimiento en los Estados de los domicilios de las compañías involucradas: “La fusión de personas jurídicas con leyes de constitución distintas se aprecia sobre la base de ambas leyes, y de la ley del lugar de la fusión cuando ésta tenga lugar en un tercer país” (1984).

Sin embargo, sucede lo mismo que con la redomiciliación de sociedades peruanas: la legislación es escasa y confusa y, por tanto, en este caso, inaplicable en la práctica. La Ley General de Sociedades no prevé la **fusión directa** de una sociedad peruana con una sociedad extranjera. Por tanto, parecería que el camino para realizar una fusión entre sociedades de jurisdicciones distintas sería que una se redomicilie, y luego, en un siguiente paso, se fusione. Sin embargo, la solución no es tan perfecta si recordamos que en nuestro país la posibilidad de que una sociedad peruana se redomicilie al extranjero depende actualmente de un criterio del Tribunal Registral y no de una clara prevista en la Ley General de Sociedades.

Para entender cómo funcionan las fusiones transfronterizas, en teoría, imaginemos que una sociedad peruana será absorbida por una sociedad extranjera. En ese caso, como resultado, los bienes, derechos y obligaciones de la sociedad peruana pasan a la sociedad extranjera y los socios de la sociedad peruana pasan a ser socios de la extranjera.

Llegado a este punto, debemos mencionar que el artículo 395 de la Ley General de Sociedades se refiere a la reorganización de la sucursal de una sociedad constituida en el extranjero, indicando que, además, puede “ser transformada para constituirse en el Perú adoptando alguna de las formas societarias reguladas por esta ley, cumpliendo los requisitos legales exigidos para ello y formalizando su inscripción en el Registro” (1997).

En esa misma línea, el artículo 140 del Reglamento del Registro de Sociedades menciona que la reorganización indicada en el párrafo anterior podría ocurrir mediante una “fusión por absorción en la cual la sucursal absorbe a una o más sociedades” (2001). Para ello, el artículo 145 del citado reglamento exige que la escritura pública de fusión contenga los requisitos que la Ley y del Reglamento establezcan para la fusión de sociedades, en lo que resulte pertinente (2001).

Entonces, según la normativa peruana vigente, una sociedad peruana podrá ser absorbida por una sociedad extranjera siempre y cuando dicha sociedad extranjera establezca una sucursal en el Perú. Si bien pareciera que el establecimiento de una sucursal en el Perú solamente genera un ‘paso adicional’ en una fusión transfronteriza, no debe perderse de vista que luego de la fusión aún subsistiría la sucursal en el Perú y que, pese a no tener personalidad jurídica, sí cuenta con una partida propia en registros públicos, existiendo también normas en la Ley General de Sociedades que la regulan. Entonces, ¿Qué sucederá con esta sucursal que se constituyó en el Perú para absorber a una sociedad peruana? En caso se desee extinguir esta sucursal peruana, tendría que liquidarse siguiendo el procedimiento previsto en el Título II de la Sección Cuarta del Libro Cuarto de la Ley General de Sociedades (que regula la liquidación de sociedad constituidas en el Perú), conforme lo señala el artículo 404 de la Ley General de Sociedades (1997).

Por otro lado, desde una perspectiva fiscal, las fusiones tienen tratamiento neutral bajo el impuesto a la renta y el impuesto general a las ventas en el Perú solo si todas las sociedades involucradas tienen la condición de domiciliadas en el país, pero ello no incluye la figura de la fusión con una sucursal de sociedad extranjera. Excepcionalmente, bajo el artículo 67 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, “se permite la fusión de una o más sucursales de personas jurídicas no domiciliadas y una persona jurídica domiciliada, siempre que esté precedida de la fusión de la respectiva matriz u oficina principal con dicha persona jurídica domiciliada” (1994), pero ello no se podrá llevar a cabo bajo el marco legal vigente debido a las limitaciones mencionadas en los párrafos precedentes.

VIII. COMENTARIOS FINALES

Como hemos desarrollado a lo largo del presente trabajo, la creciente economía global genera la aparición de reorganizaciones societarias que involucran a más de una jurisdicción. El pensamiento de que solamente se pueden fusionar sociedades que se encuentran sometidas a una misma jurisdicción o que las sociedades únicamente pueden migrar dentro de un mismo país va quedando desfasado. De este modo, uno de los principales retos que encontrará el derecho corporativo a futuro es brindar un marco jurídico que permita la ejecución de este tipo de operaciones, tal como viene sucediendo a nivel de la Unión Europea.

Actualmente, consideramos que nuestra Ley General de Sociedades como norma sustantiva –la cual data de 1997– y las normas registrales como normas procedimentales no brindan el marco ju-

rídico adecuado; salvo por la puntual excepción de la redomiciliación de sociedades extranjeras al Perú, que sí cuenta con una norma habilitante en la Ley General de Sociedades y un procedimiento claro previsto en el Reglamento del Registro de Sociedades.

Así, la posibilidad de que una sociedad peruana traslade su domicilio al extranjero actualmente se basa en un reciente criterio del Tribunal Registral (que podría ser modificado en un futuro) y no en una normativa orgánica clara tal como debería ser la existencia de una disposición sustantiva expresa en la Ley General de Sociedades y un procedimiento especial a nivel registral. Situación similar corre la posibilidad de ejecutar una fusión transfronteriza ya que la normativa actual únicamente permite la posibilidad de que una sucursal de una sociedad extranjera (la cual no tiene persona jurídica) absorba a una sociedad peruana, lo cual implica que no sea posible que una sociedad extranjera absorba directamente a una sociedad peruana sin que sea necesario constituir una sucursal peruana o que una sociedad peruana absorba a una sociedad extranjera. 🗑️

REFERENCIAS

- Arce Burgoa, L. (2008). Sinergia estratégica: una necesidad para la supervivencia de las empresas. *Perspectivas*, (21), 141-160.
- Babones, S. (2007). Studying Globalization: Methodological Issues. En G. Ritzer (ed.), *The blackwell companion to globalization*. Wiley Blackwell. <https://doi.org/10.1002/9780470691939.ch7>
- Elías Laroza, E. (2001). *Derecho Societario Peruano*. Editorial Normas Legales.
- Espiniella Menéndez, A. (2011). Nacionalidad. En A. Rojo, & E. Beltrán (coords.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (pp. 227-232). Editorial Civitas.
- Ferrero Álvarez Calderón, G. (2003). Aspectos económicos y financieros en las fusiones en el Perú. *Advocatus*, (9), 317-328.
- Goenechea, J., & García, C. (2009). Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la ley de modificaciones estructurales. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (25), 15-26.
- Hart, O. (2003). Una perspectiva económica sobre la teoría de la empresa. *THEMIS Revista De Derecho*, (46), 1-13.
- Hundskopf Exebio, O. (2007). Implicancias de una fusión por absorción en lo concerniente al objeto social. *Actualidad Jurídica*, (158), 253-255.
- Israel Llave, L. & Filomeno Ramirez, A. (2003). La fusión y la escisión en la nueva Ley General de Sociedades: algunas aproximaciones. En O. Hundskopf, & H. Montoya (coords.), *Tratado de Derecho Mercantil* (pp. 403-464). Gaceta Jurídica.
- Mac Lean Martins, R. (1963). Las personas jurídicas en el derecho internacional privado argentino y peruano. *Derecho PUCP*, (22), 210-211.
- Mares Ruiz, C. (2013). Los exit taxes: marchas y contramarchas en la apertura a los movimientos de capitales y a la deslocalización de las empresas. *Tribuna Fiscal*, (266), pp. 21-28.
- Mascareñas Pérez-Iñigo, J. (2005). *Fusiones y adquisiciones de empresas*. McGraw-Hill.
- Mereminskaya, E. (2005a). Nacionalidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional. *Revista de Derecho Valdivia*, XVIII(1), pp. 145-170.
- (2005b). Nacionalidad de las personas jurídicas en el Derecho internacional. *Revista de Derecho Valdivia*, XVIII(1), pp. 145-170.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos [MINJUS] (2018). *Anteproyecto de la Ley General de Sociedades*. <https://www.gob.pe/institucion/minjus/informes-publicaciones/1941768-anteproyecto-de-la-ley-general-de-sociedades>
- Nam-Hoon, K., & Johansson, S. (2000). *Cross-border mergers and acquisitions: their role in industrial globalization*. Organisation for Economic Co-operation and Development.
- Novak Talavera, F. (1997). Caso Barcelona Traction Light and Power Company Limited, España vs. Bélgica (1970). *Agenda Internacional*, 4(8), 77-115.
- Paz-Ares Rodríguez, J. (21 de noviembre de 2019). *Operaciones vinculadas y grupos de sociedades* [ponencia]. Curso académico 2019-20 de la Academia Matritense del Notariado.
- Puccio Sala, R. (2020). La nacionalidad de las personas jurídicas en el arbitraje internacional de inversiones. *Advocatus*, (36), 181-191.
- Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria [SUNAT] (2021). *Informe 040-2021-SUNAT/7T0000*. <https://e-consulta.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2021/informe-oficios/i040-2021-7T0000.pdf>

Tapia Frade, A. (2017). *La fusión transfronteriza de sociedades anónimas* (tesis para optar por el grado de Doctor). Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España.

Uría González, R. (1995). *Derecho Mercantil*. Marcial Pons.

Vives Chillida, J. (1998), *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*. McGraw Hill.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Caso Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), Sentencia, 1955 C.I.J. (6 de abril).

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas en Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, 18 de marzo de 1965, 4 I.L.M. 524.

Decreto Supremo 122-94-EF, Aprueban el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, Diario Oficial *El Peruano*, 21 de septiembre de 1994 (Perú).

Directiva 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas, 2019 O.J. (L 321/1) (EU).

Ley 26887, Ley General de Sociedades, Diario Oficial *El Peruano*, 5 de diciembre de 1997 (Perú).

Real Decreto Legislativo 1/2010, Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (B.O.E., 2010, 7) (Esp.).

Resolución 200-2001-SUNARP-SN, Aprueba el Reglamento de Registro de Sociedades, 1 de septiembre de 2001 (Perú).

Resolución 126-2012-SUNARP-SN, Aprueba el Texto Único Ordenado del Reglamento General de Registros Públicos, 18 de mayo de 2012 (Perú).

Resolución 444-2022-SUNARP-TR, 7 de febrero de 2022 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 24 de noviembre de 2009, sentencia recaída en el Expediente 03592-2007-PA/TC (Perú).