

Universidad de Lima
Escuela de Posgrado
Maestría en Derecho Empresarial



LA ATOMIZACIÓN EMPRESARIAL: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO CORPORATIVO Y LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Trabajo de investigación para optar el Grado Académico de Maestro en
Derecho Empresarial

Jorge Luis Conde Granados
20011896

Asesor Técnico
Dr. Oswaldo Hundskopf Exebio

Lima – Perú
Julio de 2004





**LA ATOMIZACIÓN EMPRESARIAL:
ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL
DERECHO CORPORATIVO Y LOS GRUPOS
DE SOCIEDADES**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	9
CAPITULO I: DE LAS CONSIDERACIONES GENERALES	16
1.1. Importancia de la concentración económica, los grupos de empresas y uniones de empresas	16
1.1.1. Sociedad y Empresa.....	16
1.1.2. El Negocio Jurídico.	18
1.1.3. Importancia, desarrollo y significación económica de la concentración económica y los grupos.	21
1.1.3.1. De las Uniones de Empresa.....	22
1.1.3.2. La Concentración Empresarial.....	23
1.1.3.3. Diferencias entre Uniones de Empresas y Concentración de Empresas.....	30
1.1.3.4. Grupos de Empresas y Grupos de Sociedades.	31
1.1.3.5. Contrato de Dominación.	31
1.1.3.6. Los Grupos Económicos.	32
1.1.4. Desarrollo histórico de la normativa extranjera sobre la concentración económica y los grupos.	32
1.1.4.1. En Alemania.....	33
1.1.4.2. En Francia.	35
1.1.4.3. En Italia.	36
1.1.4.4. En Inglaterra.....	36
1.1.4.5. En España.....	36
1.1.4.6. En Colombia.	37
1.1.4.7. En Argentina.	37
1.1.5. Desarrollo histórico de la normativa nacional sobre la concentración económica y los grupos.	38
1.1.5.1. Vinculación Económica.	39
1.1.5.2. Del Control.....	40
1.1.5.3. De los Grupos Económicos.....	41
1.1.5.4. De la Propiedad Indirecta.....	41
1.1.5.5. De las Concentraciones.....	41

1.1.6. La Licitud de la Concentración como desarrollo fundamental de los grupos.	42
1.1.7. ¿Qué es la Concentración Económica?.....	44
1.1.8. Diferencias entre grupo de sociedades y grupos de empresas.....	47
1.2. Clasificación de los Fenómenos de Concentración Económica y de los Grupos de Empresas.....	48
1.2.1. Clasificaciones Basadas en Factores o Criterios Económicos.....	48
1.2.1.1. Clasificación en función a su origen.	48
1.2.1.2. Clasificación en función a la actividad.	51
1.2.1.3. Clasificación en función a la Colaboración de Empresas dentro de un Grupo de Interés Económico.	52
1.2.1.4. Clasificación en función a la perspectiva de la organización interna del grupo: con o sin órgano de dirección.....	54
1.2.2. Clasificaciones Basadas en Factores o Criterios Jurídicos.	55
1.2.2.1. Clasificación en función a su carácter del vínculo que funda la Unidad del Grupo.....	56
1.2.2.2. Clasificación por su manifestación externa.....	59
1.2.2.3. Clasificación por la nacionalidad.....	62
1.2.2.4. Clasificación basada en la intensidad, Uniones basados en vínculos de coordinación y subordinación.....	65

<u>CAPITULO II: LA INSTITUCIÓN DE LOS GRUPOS. PROBLEMÁTICA ACERCA DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES Y LA BÚSQUEDA DE FORMAS DE REGULACIÓN EN LA NORMATIVIDAD PERUANA VIGENTE.....</u>	68
2.1. Intento más cercano de Regulación a los Grupos Empresariales y Análisis de su Problemática.....	71
2.2. De la Naturaleza Jurídica del Grupo	83

2.2.1. El Grupo como figura carente de personalidad jurídica.	84
2.2.2. La independencia jurídica de las sociedades que conforman el Grupo.	84
2.3. La Formación de los Grupos de Sociedades	85
2.3.1. ¿Cómo crear un grupo de sociedades?	85
2.3.1.1. Creación por mecanismos contractuales.	85
2.3.1.2. Creación por mecanismos societarios: el control mediante la toma de participaciones	87
2.3.2. De la Estructura de los Grupos	93
2.3.2.1. La Estructura Piramidal.	94
2.3.2.2. La Estructura Radial.	95
2.3.2.3. La Estructura Circular	96
2.3.2.4. La Estructura Compleja.	96
2.4. El Funcionamiento de los Grupos de Sociedades.	97
2.4.1. Búsqueda de una Definición de Control	98
2.4.2. Búsqueda de una definición de lo que es Grupo de Sociedades. ¿Grupos de Empresas?	100
2.4.3. Las tensiones entre los intereses del Grupo y sus partes. Intereses del Grupo VS. Interés Social de cada sociedad	104
2.4.4. De la Transparencia del Grupo: Estados Financieros Consolidados. Publicidad	109
2.4.4.1. Deber de Informar. Obligaciones Contables propias del Grupo. Estados Financieros Consolidados.	110
2.4.4.2. Financiación y protección del Interés Social	116
2.4.4.3. Publicidad.	117
2.4.5. La figura de los Grupos y su relación con el Gobierno Corporativo	118
2.4.5.1. Gobierno Corporativo y Control Corporativo	123
2.4.5.2. Los Grupos Familiares y el Gobierno Corporativo.	124
2.4.5.3. Instrumento del análisis de eventos.	126

2.4.5.4. Retornos de Inversión durante un largo plazo.	127
2.4.5.5. Examinar relación de valor de mercado vs. Valor de libro.	127
2.4.6. Problemas que se presentan con respecto a la Licitud del comportamiento de los Grupos.	132
2.4.6.1. Posibilidad de actuaciones abusivas respecto de los Accionistas Externos	132
2.4.6.2. La responsabilidad de los miembros del Grupo. Problema de la unidad o personalidad jurídica	160
2.4.7. Consideraciones adicionales relativas a la Responsabilidad del Grupo, de sus administradores y del accionista controlante.....	165
2.4.7.1. Seguro de responsabilidad civil de los administradores (Directors and Officers Liability Insurance) y Cláusulas de Indemnidad (indemnity Clauses).....	167
2.4.7.2. Propuestas doctrinales de responsabilidad no limitada al importe de la inversión comprometida con relación a los grupos de sociedades.....	170
2.4.8. Protección de los Trabajadores frente a las relaciones existentes con las sociedades integrantes del Grupo...	177
2.4.8.1. Aspectos Generales.	179
2.4.8.2. Del Desplazamiento Geográfico.	185
2.4.8.3. Representación Unitaria y Sindical del Grupo	190
2.4.8.4. Aspectos Complementarios.....	191
2.4.9. La Contratación Pública y los Grupos de Sociedades .	196
Conclusiones	204
Referencias	207
Bibliografía	214
Anexo	224



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo “La Atomización Empresarial: Algunas reflexiones sobre El Derecho Corporativo y los Grupos de Sociedades” es una obra ambiciosa que tiene la particularidad de investigar, analizar y proponer los diferentes factores, elementos, características y mecanismos de regulación del proceso de concentración económica y la formación de los grupos de sociedades en el Perú.

Sabemos que nos encontramos en un mundo globalizado, en donde nuestro país por no ser ajeno a tal avance, se encuentra inmerso quiérase o no en el desarrollo de una economía capitalista liberal (economía de mercado), así por ejemplo tenemos los continuos avances en el mercado de capitales, en las concesiones y/o privatizaciones, etc.

Actualmente, el Perú se encuentra inmerso en dos situaciones: i).- en la búsqueda de un proceso de crecimiento económico sostenible y ii).- en la difícil tarea de atraer más inversiones para el desarrollo de la economía de nuestro país, a pesar del grado de inversión otorgado al Perú por la Calificadora de Riesgos Crediticio “Fitch Ratings”. No obstante, al ver que la actual situación involucra a todos por igual, lo cierto es que existe en la actualidad en materia empresarial diversos problemas que han afectado a muchas empresas peruanas, así como a empresas extranjeras cuyo domicilio se encuentra en nuestro país y cuyas inversiones se han encontrado desprotegidas no sólo por las leyes, sino también en función a externalidades como es la situación de riesgo-país (a pesar que hoy en día se ha reducido considerablemente en comparación de la década de los noventa); dichos problema son los referidos a la falta de activos (patrimonial, monetaria, etc.), para poder hacer uso frente a los problemas de pagos, como son a los acreedores, los propios inversionistas, trabajadores, etc., lo cual ni la propia Ley Concursal ha podido solucionar. Estas empresas están reguladas por la Ley General de Sociedades en cuanto a su constitución, funcionamiento, estructura, organización, etc.

Sin embargo, por la situación de procesos de reorganización, fusiones, contratos asociativos y mejor reactivación de la economía dentro de la empresas, se hace necesario que estas se agrupen, se vinculen, o como en el caso peruano según la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, en adelante SBS existan conglomerados en un solo aparato productivo (grupos homogéneos) o diferentes aparatos productivos (grupos

heterogéneos) ya sea esta por la actividad que realicen, por la participación, por mecanismos contractuales, etc.

La tesis que se plantea a continuación es ayudar a buscar una *uniformidad e integración* en materia de los Grupos de Sociedades en el Perú, visto desde el Derecho Corporativo y Empresarial, y saber que dicha figura ya no se encuentra aislada del contexto económico de nuestro país (así seamos un país en vías de desarrollo); el mencionado tema se encuentra en la actualidad regulado en otros países tales como Alemania, Francia, España, y otros; por lo tanto y en definitiva hay que encontrar ese punto de referencia y/o congruencia en común en nuestra diversificada normatividad, que comprende y compromete a tantos organismos descentralizados del Estado tales como: en la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, en adelante SBS, en el Instituto de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual, en adelante INDECOPI, en la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, en adelante CONASEV, en el Organismo Supervisor de Inversiones en Energía y Minería, en adelante OSINERGMIN, en la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, en adelante SUNAT, etc.), así como también tanto a empresas públicas como privadas.

Por ello, el desarrollo de esta obra la hemos decidido dividir en dos capítulos y que son:

1. De las consideraciones generales.

El Capítulo de las Consideraciones Generales tratará sobre, las figuras jurídicas más resaltantes en materia de Concentraciones Empresariales, es decir lo que se pretende buscar será de describir en forma precisa los diversos conceptos y acepciones que dan la doctrina a la figura de los Grupos Empresariales, así como sus respectivas características, elementos, clasificaciones, formas, tipos, etc. con el propósito de captar el interés del lector sobre esta nueva tendencia societaria “Sui Generis” y que en Europa es denominada “Derecho de Grupos”, la misma que es calificada como una rama mas dentro del Derecho Comercial o Mercantil. Asimismo, se procederá al análisis de las diversas normativas extranjeras que se da en materia de Grupos.

2. De la problemática.

El desarrollo del Capítulo de la Problemática, se realiza respetando la respectiva prelación de sus elementos, los mismos que serán los siguientes:

2.1.- ¿Del por qué es un Problema? – Dificultades

2.2.- De la falta de una Regulación Única

Estos dos (2) elementos son necesarios para plantearnos una problemática, acerca de los grupos de sociedades en nuestro país.

2.1.- ¿Del por qué es un Problema? - Dificultades

Actualmente, en nuestro país contamos con diversas regulaciones en materia societaria o comercial, como por ejemplo: una Ley General de Sociedades, que se encarga de regular a las sociedades desde sus reglas generales aplicables, pasando por su constitución, órganos de gobierno, clases de sociedades, fusiones, liquidaciones, extinciones, para llegar a las sociedades irregulares y finalmente a los contratos asociativos en cuyo capítulo podría existir la posibilidad de incluir en un futuro lo referente a los Grupos de Sociedades bajo la modalidad contractual; asimismo, un Reglamento del Registro de Sociedades, que se encargará de las formalidades y contenidos de los documentos societarios, así como desarrollar y fijar el respectivo procedimiento ante la sede registral; un Proyecto de Ley Marco del Empresariado realizado recientemente por la Cámara de Comercio de Lima en el año 2002, una Ley de Títulos – Valores muy vanguardista y acorde con nuestro sistema financiero, entre otras normas; pero mas no contamos aún con una Ley de Comercio, el mismo que data de la primera década del siglo XX y que aún a inicios del siglo XXI se aplica para determinados casos algunos artículos que guardan vigencia en nuestro quehacer jurídico nacional.

Pues bien, así como los tiempos cambian, también el Derecho cambia (evoluciona); no podemos decir que el Derecho es una ciencia exacta o inerte, es mas bien una ciencia que sufre constantes cambios es decir, es una ciencia que evoluciona con el objeto de mejorar las relaciones jurídicas en la sociedad; un ejemplo de ello es en el tema de la medicina (Problema de la Genética Humana), pasando por el mundo de las telecomunicaciones (Firmas Digitales o las transacciones comerciales que se realizan a través de la Internet), éste último tema ya la Comunidad Europea está preocupada por buscar una regulación uniforme.

Por tanto, al ver que existe una constante evolución en el mundo del Derecho, más específicamente en el Derecho Corporativo y Empresarial, surge una nueva figura que a nivel mundial está tomando cuerpo y que es el Grupo de Sociedades, en otras naciones lo conocen como Grupos de Empresas, o en otros casos lo denominan como Uniones de Empresas. Asimismo, la doctrina tanto alemana, como la francesa y la española hablan ya de un nuevo Derecho como es el “Derecho de Grupos”.

Pues bien, el Perú no se encuentra ajeno a tal cambio, para ello producto de la política de las privatizaciones en la década pasada así como las constantes fusiones, adquisiciones y transformaciones de las empresas a raíz de la competencia que se ha venido dando en diferentes ámbitos empresariales (financieros, industriales, comerciales, etc.), así como también para poseer socios estratégicos en diferentes tipos de negocios, o en la apertura de nuevos créditos; hace que las empresas se fusionen, o se agrupen formando entre ellas una sola unidad económica, o tomando el control en su accionariado que permita ejercer una influencia decisiva mediante un dominio preponderante y continuo, por lo que trae como consecuencia la formación de los Grupos de Sociedades.

Ahora bien, ¿Por qué es un problema?, en realidad la problemática reside en ¿Cómo regular un Grupo de Sociedades? ya que existe una serie de normativas vinculadas al mismo como son: el aspecto tributario, el aspecto laboral, el aspecto de la libre competencia, el aspecto financiero y bursátil. Asimismo, también los problemas que se van a dar al interior de los grupos, en materia de control administrativo a raíz de los accionariados al interior de los Órganos de Administración de cada una de las empresas que conforman el grupo (Ejem. La conformación del Directorio y de los puestos estratégicos, en este caso Gerente Financiero, etc.), también de acuerdo al giro del grupo, es decir que guarden relación en sus actividades económicas de cada una de las empresas que la integran, la protección de alguna forma a los accionistas minoritarios (socios externos), de la representación Global del Grupo como un ente, de la protección a los trabajadores, etc.

Pero, otra dificultad será ver de qué manera regular esa presunción de la existencia de grupo, ya que diferentes instituciones nacionales tienen su propia normativa como son: INDECOPI en materia de Libre Competencia (De las Concentraciones y Actividades Monopólicas, como en el caso de las Concentraciones en el Sector Eléctrico Caso Endesa España /Enersis y Enersis/Endesa Chile), SUNAT (en la presunción de Vinculación

Económica regulada en la Ley de Impuesto a la renta, etc.), SBS y CONASEV (en materia de la Propiedad Directa e Indirecta y Control).

Por lo tanto, los lineamientos a tener en cuenta en este capítulo serán los siguientes:

- Buscar una definición de índole general a la figura de los “Grupos de Sociedades” en la normativa peruana.
- Ver de qué manera analizar las problemáticas desde el punto de vista al interior de la conformación de los grupos como por ejemplo: la publicidad, la información y transparencias del grupo; las relación de las OPAs para adquirir el control, los intereses afectados por parte de los acreedores, de los trabajadores; la de los estados financieros consolidados; la problemática de la insolvencia en los grupos y su reestructuración patrimonial; la contratación que pueda ven dentro del Grupo; la existencia de participaciones recíprocas; la idea de independencia de cada empresa integrante del Grupo, etc.
- La posibilidad de incorporar la institución de “Los Principios del Buen Gobierno Corporativo”, como un mecanismo que permita a las sociedades integrantes del Grupo tomar decisiones en asuntos como es el trato equitativo de los accionistas, el manejo de los conflictos de interés, la estructura de capital, los esquemas de remuneración e incentivos de la administración, las adquisiciones de control, la revelación de información, la influencia de inversionistas institucionales, entre otros, que afectan el proceso de distribución de las rentas de la sociedad. En conclusión, que signifique un “Plus” tanto a la empresa como al Grupo de Sociedades (si fuese el caso) es decir, formen un ente firme y dé una buena imagen corporativa y en donde traería como consecuencia que el accionista se sienta más seguro de su inversión, así como la afluencia de más inversionistas.

2.1.- De la Falta de una Regulación Única

¿Por qué es un problema de la falta de una regulación única?, esta pregunta se fundamenta a raíz de las siguientes razones:

- Que, existiendo normativas dispersas en diferentes Sectores u Organismos que traten de alguna forma sobre la presunción de existencia de Grupos de Sociedades (como la Vinculación del tipo económico o familiar o de Órganos de Gobierno,

la Propiedad Directa e Indirecta, del Control y las Concentraciones), hacen que exista la presencia material de un Grupo en esas operaciones que realizan las empresas. Para ello, lo inmediato es tratar de aproximarnos a buscar un denominador común y que a partir de ahí cada Organismo regule en materia de Grupos dentro de su ámbito de aplicación y/o regulación.

- Dicha regulación actualmente no considera a un tipo de Grupo de Derecho mas si de Hecho, ya que no contiene una forma jurídica expresa en materia de grupos.
- Por qué no el considerar una regulación específica en materia de Grupos, quien sabe no como una ley propia sino como una serie de articulados incluidos en la legislación existente como lo puede ser la Ley general de Sociedades, o en su caso dentro del proyecto de ley marco del Empresariado.

3.- ¿De por qué se debe de regular?

Lo que se busca es el deber de regular atendiendo a la necesidad de buscar un régimen general lo suficientemente flexible que ayude a la conformación de Grupos de Sociedades y que dicho régimen sirva de base para su respectiva regulación en cada uno de los Organismos Sectoriales, y de esa manera ir creando normativas expresas dirigidas hacia los Grupos de Sociedades y ya no dirigida a que cada sector regule de acuerdo a su ámbito de aplicación. Por ejemplo: buscar una definición única de Vinculación y que sea ésta igual tanto para la SUNAT, CONASEV, u otros, y que no sea diferente, o si es diferente que sea sin perder la esencia. En cuanto a dar un mayor impulso legal a la conformación de los Grupos, se podría dar de algún modo a través de los beneficios de carácter tributario, societario y administrativo, para que no sean tan difíciles de conformar ni tampoco onerosos.

En conclusión, el presente trabajo no solo contribuirá con la economía de nuestro país (al fomentar las inversiones), así como también al ordenamiento en todo caso un poco de nuestro sistema societario (sobre todo ahora que nos encontramos a diez años de vigencia de la Ley General de Sociedades), sino también generará la inclusión de un nuevo concepto legal corporativo en nuestro mundo empresarial, y que ayudará a brindar protección tanto a los accionistas minoritarios como también aquellas sociedades dominantes que requieran hacer inversiones en nuestro país dándole a ellos una normativa lo suficientemente clara (establecimiento de reglas de juego), mantenimiento y

crecimiento del empleo de los trabajadores que laboren en dichos Grupos, etc. Es decir, aplicaremos los principios de Equidad, Equilibrio, Confianza, Transparencia y Lealtad a todos los que conforman dicho Grupo y que son principios que en la actualidad y en materia de *Corporate Governance* están muy venidos a menos.



CAPITULO I: DE LAS CONSIDERACIONES GENERALES

1.1. Importancia de la concentración económica, los grupos de empresas y uniones de empresas

1.1.1. Sociedad y Empresa

La Sociedad, en el sentido técnico jurídico, es un ente creado por un acto voluntario colectivo de los interesados, en aras de un interés común y con el propósito de obtener ganancias o un fin lucrativo. Los socios se comprometen a poner un patrimonio en común integrado por dinero, bienes o industria, con la intención de participar en las ganancias. Por tanto, son características fundamentales y constitutivas de la sociedad la existencia de un patrimonio común y la participación de los socios en las ganancias.

La Empresa, por lo tanto es una figura que ha pasado de ser un aspecto netamente económico a ser una figura del derecho, en el cual intervienen leyes para regular la actividad empresarial o en su caso se encuentra comprendido dentro de la obra de los juristas.

Como lo define el maestro García Pita y Lastres (2000):

Que una forma de empresa va de acuerdo con las particulares condiciones del mercado alcanza la dimensión óptima¹, minimizando los riesgos del comercio, y que, merced a los beneficios derivados de las economías de escala, con su efecto reductor de ciertos costes fijos, proporcione la mejor utilización de las redes de distribución y difusión de los conocimientos técnicos: es decir en términos generales una mejor asignación de los recursos sin contravenir las normas legales establecidas. (p. 4)

Entonces, buscar una definición legal acertada que se aproxime a lo que es una empresa es complicado aunque algunos juristas ya lo han intentado. Nosotros podemos definir a la empresa desde un sentido material, práctico y real como “aquella organización de capital y trabajo para la producción o tráfico de bienes” (Hundskopf, 2000, p. 195) así como la prestación de servicios en beneficio del consumidor; por tanto esta organización es del tipo económico en donde el dueño de la empresa (el empresario) provee del capital, ejerce la dirección de la empresa y asume los riesgos económicos y jurídicos del

¹ El subrayado es nuestro.

funcionamiento y explotación de la empresa. En conclusión “la esencia del concepto de empresa radica en la organización” (Otaegui, p. 26).

Pero, cabe precisar que no solo funciona el término empresa a las negociaciones comerciales propiamente dichas (bodegas, industrias, etc.), sino también va estar dirigida hacia diversificadas áreas de interés económico como por ejemplo hacia la educación (el caso de la Universidad de San Ignacio de Loyola, o Universidad de Ciencias Aplicadas - UPC), cultura, arte, música, pintura, teatro (Marsano), etc.

Por lo tanto, vemos que la sociedad y la empresa van estar estrechamente vinculadas desde el momento en que una sociedad nace a la vida del derecho con un objeto específico, dicho objeto sería “la explotación de una empresa” (Garrigues, 1987, p. 13).

No obstante, el tener cierta similitud en determinados aspectos tanto la sociedad como la empresa (uno de ellos es el fin lucrativo), se nos es preciso buscar aquellas diferencias sustanciales de estas dos figuras las cuales ayudarían a un mejor entendimiento de esta problemática de empresa y sociedad y que en la teoría parece ser sencilla pero que en la praxis resulta ambiguo y tiende a la confusión en forma generalizada.

Por ello, podemos rescatar algunas características trascendentales que ayudarán a la mejor comprensión y así poder aplicarlo, para ello recurrimos al maestro García Pita (2000) quien nos dice:

Empresa.- La “empresa” no es “alguien” sino “algo”: sea una organización, sea una actividad organizada. Pero nunca un “sujeto”, aunque por simple comodidad se hable de “empresas”, para aludir a los “empresarios”. La empresa es un concepto económico y el concepto jurídico de ella coincide con él. Asimismo, en la empresa se organizan los factores de producción. (p. 17)

Así mismo Garrigues (1987) señala “**Sociedad.-** La sociedad se organiza solo uno de ellos: el empresario, el cual, a su vez, organiza la empresa, como jefe y titular de ella. Asimismo, la sociedad es estrictamente un concepto jurídico y el empresario también lo es” (p. 14).

Y, adicionalmente podemos agregar que va existir una contraposición es decir, una oposición entre lo que es derecho de la empresa y derecho de la sociedad. En el derecho de la sociedad va tratar exclusivamente de los órganos de la sociedad y de la

formación de la voluntad corporativa (objeto social) y en el derecho de la empresa solo se va referir exclusivamente al sector del trabajo de los técnicos, obreros, y/o gestores de la corporación empresarial.

Por tanto, concluimos que para el presente trabajo es bueno realizar esta diferenciación al inicio del presente capítulo ya que nos va ayudar a tener una idea más clara y precisa de lo que es empresa y sociedad, cuyas figuras van hacer utilizadas cuando entremos de lleno en el análisis de lo que son los Grupos de Sociedades y los Grupos de Empresas. Un primer adelanto al respecto es que el hecho de que el concepto económico y jurídico de empresa esté tan interiorizado en nuestro país y que se debe de considerar que la empresas pueden o no ser sociedades (la empresas vienen a ser el género y las sociedades la especie), asimismo no todas las empresas pueden ser sociedades pero si todas las sociedades son empresas²; considerando que pueden haber empresas no sociedades (ejemplo la E.I.R.L.), es por ello que en nuestro país podría corresponder hablar de Grupos de Empresas y no de Grupos de Sociedades. Sin embargo, al ver que no se puede relacionar o dar un mismo sentido a los términos de empresa y sociedad, se hace necesario optar por una regulación más conveniente con nuestra realidad corporativa, haciendo que esta sea más específica, a la vez que se sigue con la tendencia mundial y que es el optar por una regulación del tipo participacional y esto es los Grupos de Sociedades.

Finalmente, como ya hemos visto debemos también de ocuparnos de su diferenciación y el respectivo estudio de sus componentes que caracteriza a cada una de éstas figura.

1.1.2. El Negocio Jurídico.

El negocio jurídico, responde en un principio a la necesidad de hacer objetiva la voluntad en una dirección determinada (objeto determinado), dirección que enmarca los intereses objeto de regulación; por lo tanto no existe negocio jurídico si no hay esa voluntad que pretende alterar o consolidar la situación preexistente.

El buscar una definición correcta para lo que es el negocio jurídico en principio pasa por analizar las diferentes razones en el cual se configura esta figura como puede

² El subrayado es nuestro.

ser: sus intenciones, fines, ¿Qué es lo que persigue?, efectos y un sin número de razones que puedan ayudar para poder dar con una definición correcta de lo que es el negocio jurídico.

Esta definición ha sido bastante y muy bien analizada tanto por la doctrina alemana como por la italiana principalmente, siendo ésta última en no reconocer la figura unitaria del negocio jurídico como declaración de voluntad.

Pues bien, como lo señala Messineo (1979):

Que nos estamos refiriendo más bien a una abstracción jurídica elaborada por la doctrina sobre la base de un conjunto de normas y caracteres propios y comunes a cierto tipo de actos jurídicos, aunque esta abstracción o construcción teórica no se justifique a priori, sino por su utilidad. (p. 34)

Lo que sostiene el autor es que el negocio jurídico solo va ser posible si los caracteres que configuran esta figura como el consentimiento, la validez, la buena fe (abstracción jurídica) van hacer de utilidad en la realización del objeto (acto jurídico), sin importar que no funcione a priori, sino que quede perfectamente justificado la utilidad el cual va ayudar a obtener el provecho para las partes que intervienen en la realización de este negocio (generalmente una utilidad económica).

Como ya he señalado líneas arriba buscar una definición para el negocio jurídico es plantear las interesantes definiciones que a mi parecer servirán para dar un mayor alcance de lo que se trata el negocio jurídico en sí. Es así que la doctrina alemana conceptúa dicha figura como la declaración de voluntad orientada a conseguir una finalidad práctica, lícita y amparada por el ordenamiento legal, el que lo reconoce como sustento suficiente para entablar y regular relaciones jurídicas. Larenz (1978) define al negocio jurídico como:

Un acto o una pluralidad de actos entre sí relacionados, ya sean de una o de varias personas cuyo fin es producir un efecto jurídico en el ámbito del Derecho Privado, esto es, una modificación en las relaciones jurídicas entre particulares (p. 427).

Este tratadista alemán establece a mí entender que el negocio jurídico es un mecanismo para poder realizar la obligación bajo una autonomía privada.

Para Galgano (1988) el negocio jurídico, es:

El momento final de una secuencia conceptual que parte de la categoría mas amplia del hecho jurídico. Y este hecho jurídico es todo conocimiento natural o humano a cuya

realización el derecho atribuye un efecto jurídico cualquiera, constitutivo, modificativo o extintivo de relaciones jurídicas. (p. 39)

Adicionalmente cabe señalar lo expresado por Barbero en donde habla de una serie de diferencias entre hecho jurídico, acto jurídico y sobre todo negocio jurídico “si son relevantes la fenomenicidad, la voluntariedad y la intención estamos ante un negocio jurídico” (Vidal, 1996, p. 66).

Como ven las diferentes definiciones sobre negocio jurídico se concentran en un solo punto siendo el mismo un común denominador en los diferentes tratadistas analizados, este punto es el del acto de voluntad (actos jurídicos) y que se necesita para su realización de un negocio jurídico específico, es decir de no cualquier negocio, sino de aquellos negocios jurídicos encaminados para la realización de diferentes actos jurídicos (como la elaboración de una constitución de empresa, la elaboración de un contrato, etc.).

En cuanto al negocio propiamente dicho, se sabe que aspira al logro de un fin que normalmente tiende a ser económico (patrimonial), es decir la voluntad de lucrar para tener mejoras netamente económicas y desde luego como consecuencia de ello mejoras de nivel de vida. Entonces, estando de acuerdo con lo señalado en cuanto al negocio surgen tres intenciones al respecto para poder dar una salida a la definición correcta de lo que es un negocio jurídico, estas son:

- Una intención que comúnmente prima en la práctica y de índole empírica y a la que alude Messineo líneas arriba es la económica.
- Una segunda intención que vendría hacer la jurídica, y que es el afán de las partes de obtener un resultado jurídico vinculado al empírico (económico). Como por ejemplo: la materialización de la idea del negocio redactar una minuta de constitución (jurídico) con el fin de realizar su objeto (económico)
- “Y una tercera intención que es la de celebrar el negocio y en algunos casos de llevarlo hasta sus últimas consecuencias” (Lohman, 1997, p. 49) (siguiendo con el ejemplo de arriba, levantar esa minuta a escritura pública e inscribir la sociedad antes registro públicos), es decir materializar esas últimas consecuencias.

Pero bueno, ¿Qué es lo que se persigue al celebrar el negocio jurídico?, para contestar a esta pregunta lo relacionaremos con el artículo 140° del Código Civil mediante el cual trata de crear, modificar, conservar, extinguir, regular o transferir relaciones jurídicas; es

decir derechos subjetivos, obligaciones civiles ya sea en provecho de todos los intervinientes, de algunos de ellos o de terceros. Como dice Lohmann Luca (1997): “Que la declaración de voluntad no es una declaración común, sino que corresponde a un deseo interno objetivo e independizable” (p. 49).

En conclusión, el negocio jurídico se define como aquel acto jurídico que se constituye con la declaración de voluntad o declaraciones de voluntad expresa del Derecho Privado, concurrentes hacia la consecución de un fin práctico (objeto) y real, lícito (buena fe), y admitido por el ordenamiento jurídico, los mismos que encaminan a producir efectos prácticos (desarrollo del objeto) y regular relaciones jurídicas de derecho subjetivo. Por lo tanto, cabe precisar que la declaración de voluntad no sólo se refiere a que tenga que ser realizada en forma individual, sino también puede suceder que una declaración de voluntad se exprese el consentimiento de uno o más sujetos intervinientes en el negocio jurídico.

Finalmente, es válido tomar en consideración a nuestra definición lo expuesto por Vidal Ramírez (1996) que dice que: “Todo negocio jurídico es un acto, pero no todo acto jurídico es un negocio, la que permite distinguir los actos jurídicos en negociales y no negociales” (p. 80). Y que dichos actos jurídicos no corresponden por el momento a un análisis más profundo por no formar parte del presente trabajo.

1.1.3. Importancia, desarrollo y significación económica de la concentración económica y los grupos.

Al desarrollar el presente trabajo, podemos decir que es en este acápite que ingresamos a estudiar el primer punto de divergencia y análisis de los principales aspectos relacionados con el título de la obra. Este desarrollo va a definir conceptos de materia societaria como son los Grupos y las Concentraciones ya sean éstas económicas o de poder, y que ayuden a diferenciarse entre sí buscando un mejor entendimiento y desenvolvimiento de por qué es necesario dar un concepto claro y preciso sobre todo en éstos tiempos de globalización, de estrategias y finanzas corporativas y que son actualmente fenómenos absolutamente nada novedosos.

El fenómeno de los grupos de empresas, los grupos de sociedades, los conglomerados financieros, la concentración empresarial, las uniones y/o agrupaciones de empresas, las vinculaciones y demás expresiones que tengan que ver con el hecho de

formar una sola unidad económica- legal, todas éstas manifestaciones se encuentran englobadas en una sola mega figura y que es la Concentración Económica.

En tal sentido, es necesario comenzar analizar dentro de este contexto en el que nos encontramos, los principales fenómenos que se desarrollan para una futura concentración empresarial.

1.1.3.1. De las Uniones de Empresa

Las uniones de empresas, como señala Garrigues (1987) se refiere a: “aquellos supuestos en que se establecen determinados vínculos entre varias empresas, pero siempre que sus respectivos titulares mantengan una personalidad jurídica propia” (p. 310). Esa personalidad jurídica no debe de contraponerse a los intereses de cada uno de los accionistas, porque sino no se daría ésta figura, ya que es necesario respetar aquella personalidad jurídica que compete a cada uno de los integrantes de dicha unión.

Del mismo modo, estas uniones como las demás figuras son fruto del denominado capitalismo maduro, esto quiere decir que éstos procesos de vínculos corporativos (que engloba el factor económico, laboral, jurídico, etc.), van a corresponder a la fase tardía del capitalismo, por cuanto el dar esta nueva forma de empresa va a traer consigo la racionalización del proceso productivo, la optimización de sus aparatos productivos con la intención de ejercer un dominio en el mercado, y teniendo como finalidad primordial el ánimo de lucro (ya sea sumando o restando).

Por tanto, como señala Vicent Chulia (1971) se puede describir el fenómeno de las Uniones de Empresas en seis (6) puntos:

- a).- Empresas que conservan autonomía jurídica propia
- b).- No se produce transmisión patrimonial alguna
- c).- Permanece el mismo número de empresas que antes
- d).- Conservan su autonomía jurídica propia mas no económica
- e).- En ciertos casos tener un órgano central; y
- f).- “Retienen alguna o algunas funciones empresariales. (pp. 129-150)

Adicionalmente, cabe señalar también a mi entender un factor necesario para poder constituir estas formas de concentración económica que es la relación de dominación y

dependencia es decir este punto está muy vinculado a estas figuras por cuanto se refiere al tipo de control que se aplicará a las empresas dominadas que son las que forman parte de la gran pirámide grupal que en este caso sería las uniones de empresas.

Pero, además ¿Qué significa la autonomía jurídica?, esto significa en que cada persona natural o jurídica miembro del grupo mantiene su autonomía jurídica por lo menos en el aspecto registral. ¿Y el tener un órgano central?, esto responde a tener una dirección unificada y que significa instruir el manejo del Grupo desde una cabeza que puede ser una persona física o puede ser una persona jurídica, que se vendría a convertir en una especie de “líder”, el mismo que finalmente será quién dirija al Grupo.

Otra concepción sobre el fenómeno de las Uniones de Empresas es la definida por Paz y Vicent (1994): “consisten en ser puras relaciones contractuales, que respetan la independencia económica de los socios, aunque a veces establezcan una “Sociedad – órgano”, para las relaciones con terceros” (p. 874).

En conclusión, para nosotros las Uniones de Empresas se definen como aquel conjunto de empresarios que aun teniendo una independencia jurídica que consiste en la capacidad de tener voluntad propia, capaz de autodirigir cada una de las entidades agrupadas, por lo menos desde un punto de vista formal mas no practico, se encuentran sometidos bajo una dirección económica unitaria.

Adicionalmente, las Uniones de Empresas van a constituir un bloque económico en beneficio de los socios y la empresas, ya sea optimizando la producción en caso tengan estrecha vinculación en sus giros comerciales, o manteniendo una clara independencia comercial mas no corporativa, ya que necesariamente tendría que estar bajo un órgano central de dirección, el mismo que va ser netamente económico.

1.1.3.2. La Concentración Empresarial.

La Concentración Empresarial, es otro de los fenómenos más importantes en el ámbito corporativo y que surge como ya lo hemos mencionado del capitalismo maduro siendo necesario analizarlo para que no exista una confusión con lo que es el tema de la presente obra: la Atomización Empresarial.

Pues bien, la Concentración Empresarial contiene diversas acepciones, pero siguiendo con lo expresado por el profesor Cerrai (1983) dice:

Posee una terminología “económica” y otra “jurídica”. La primera es restrictiva, porque es propio de la estructura oligopolística del mercado, que comporta el crecimiento en la magnitud o dimensión de las empresa, unido a la correlativa disminución de su número, en el mercado. En tanto que la segunda, es más amplia ya que abarcaría todos los fenómenos que conducen a la “agrupación” o “reagrupamiento” de las empresas, mediante la centralización de los poderes de decisión y la acumulación de la masa financiera; es decir este fenómeno comporta la creación de unidades económicas más vastas e integradas (p. 13).

El comentario al respecto con relación a la definición del profesor Cerrai, es que las Concentraciones Empresariales van a tener dos grandes campos de estudio:

- Una tendencia a la formación de empresas de grandes capitales (mega corporaciones); y
- Otra tendencia a las agrupaciones entre las empresas

Estos campos de estudios van ayudar a delimitar la terminología de lo que es este fenómeno de Concentración Empresarial, algunos prefieren llamarlos como Integración de empresas, otros como concentración de empresas y por último otros prefieren llamarlos como uniones de empresas, aunque ésta ya fue aclarada en el punto anterior debidamente fundamentado.

A su vez la Concentración Empresarial puede ser como lo señala García (2000):

1.- Concentración Empresarial Absoluta.- En donde las empresas preexistentes desaparecen en la adquiriente o resultante. En este sentido, se puede encontrar las siguientes figuras:

- a) Constitución de una sociedad, por parte de empresarios individuales o sociales, que transmiten a ésta sus respectivas empresas.
- b) Fusión de sociedades
- c) Grupos de sociedades.

2.- Concentración Empresarial Relativa.- Se caracteriza porque mediante ella, se produce la incorporación de una empresa o de parte de ella, a otra empresa (se escinde), de modo que la primera o bien reduce sus efectivos y actividades o bien inicia actividades distintas, mientras que la segunda cesionaria amplía sus instalaciones y realiza su propia

reestructuración, con los elementos que antes pertenecían a la otra dentro de este supuesto, cabe distinguir lo siguiente:

- Transmisión global de la empresa
- Transmisión parcial de la empresa (p. 10).

Asimismo, hay que precisar que la figura de Concentración Empresarial puede adoptarse desde la perspectiva de una elaboración doctrinaria general de la materia, no puede ser la misma que la que se adopte desde la óptica del Derecho de la Competencia, por cuanto hay que elegir entre las múltiples y diversas nociones la más adecuada. Con esto no trato de decir que hay que dar una definición para cada campo sino dar una definición unificada y esencial que sirva de base para las otras definiciones como es en este caso para el Derecho de la Competencia.

Adicionalmente, señalamos que los Grupos de Empresas es un tema que está dentro de la Concentración Empresarial y ésta a su vez es una especie de gran género que es la Concentración Económica.

Del mismo modo el simple hecho de proceder con la realización de la concentración empresarial va tener consecuencias relevantes desde el punto de vista de las ventajas e inconvenientes. Estas podrán ser:

Ventajas.-

a).- La especialización de la maquinaria y la mano de obra, con el objetivo de dar un mejor y eficiente proceso productivo.

b).- Las grandes empresas resultantes del proceso de concentración tendrán un mayor y fácil acceso a fuentes de financiación como las crediticias, etc., o acceder con mejor impulso al mercado de capitales.

c).- Como resultado del proceso de concentración, se va abarcar un mayor mercado a lo mejor por el hecho de diversificar su objeto social, y con ello permite economizar en gastos de publicidad, distribución, etc.

d).- Otra ventaja y muy interesante, es que como resultado de este proceso van a tener la posibilidad de poder controlar el mercado, con la posibilidad de estabilizar los precios, dar un mejor servicio, etc.

e).- La expansión del mercado mediante la obtención de nuevos productos o nuevas líneas.

f).- La reducción de costos de producción.

g).- El aprovechamiento de los adelantos científicos y técnicos.

Inconvenientes.-

a).- La posibilidad de disminuir el número de operadores económicos.

b).- Existencia de un monopolio, adquiriendo en forma desmesurada el dominio sobre el mercado con comportamientos abusivos.

c).- Existencia de la posibilidad de lesiones al interés de los socios minoritarios (lo que la doctrina la conoce como socios externos), etc.

Entonces, podemos decir que la concentración empresarial crea una unidad de decisión, bien sea mediante la fusión, la transmisión/adquisición de patrimonios o de activos y establecimientos mercantiles, o bien por la vía de la adquisición de acciones que permitan someter a dos o más sociedades a una “dirección unitaria” o “control”.

Pero, debemos de señalar en ésta figura un punto y que es la inclusión de la misma dentro de una mega figura denominada la Concentración Económica. Dicha concentración económica se encuentra especialmente regulada por el Derecho de la Competencia. Pues bien, para que exista una concentración sólo se requiere demostrar que la nueva configuración de la empresa permita a un nuevo actor ejercitar potencialmente el control de la empresa en cualquier momento.

Por ello, nos lleva a buscar una definición a cerca de control, en donde el Reglamento de la Comunidad Económica Europea (CEE) se adhiere a la concepción según la cual el control no es esencialmente una forma de apropiación de bienes, sino se trata de:

Un poder económico sobre una empresa que permite determinar individual o conjuntamente sus actividades. El Control no se limita a los casos en que se da una modificación en la estructura de propiedad de una empresa. Lo importante es que confiera el dominio sobre la dirección de la misma, el poder de decisión en el seno de una empresa dada. Es, en último término, un dominio sobre la “voluntad” de la empresa controlada. (Bello Martín – Crespo, p. 253).

Asimismo, la Comunidad Europea ha definido a las “decisiones relevantes”, como aquellas decisiones que definen su estrategia competitiva. Entonces, ésta figura debe

entenderse como la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre la estrategia competitiva de las empresas (Comisión de la Comunidad Europea [LCEur], 1994).

Por lo visto, tenemos que distinguir las distintas clases de Control que existen, por ejemplo en la doctrina francesa existe un control de hecho, de derecho y conjunto.

Pero, el informe de la Secretaria Técnica de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi con relación al caso ENDESA ESPAÑA/ENERSIS y ENERSIS/ENDESA CHILE, señala las dos formas de control más claras dentro del análisis de las operaciones de concentración y que son: el control exclusivo de un accionista sobre la empresa y el control conjunto que pueden ejercer dos o más accionistas sobre esta última. Es por eso que, el análisis preciso de la estructura de control de cada empresa debería permitir identificar una forma de control, conjunto o exclusivo, dentro de cada uno de los gobiernos de la sociedades, a pesar que no exista un control absoluto sobre todas y cada una de las decisiones relevantes. En tal sentido, “siempre debería identificarse al accionista o grupo económico que ejerce el poder al interior de la firma, salvo que exista la necesidad de un consenso entre los accionistas o dentro de los órganos de gestión para adoptar las decisiones relevantes para establecer la estrategia competitiva de la empresa” (Informe N° 011-1999-INDECOPI/CLC, 1999).

Para determinar:

La existencia de control exclusivo, se realiza una evaluación positiva sobre la influencia ejercida por un accionista para determinar la estrategia competitiva de la empresa. El control conjunto, en cambio, se identifica a través de una evaluación de carácter negativo, es decir, si es que se puede producir una situación de bloqueo a causa del poder que tienen los accionistas de rechazar las decisiones estratégicas propuestas. (Briones y otros, 1999, pp. 58-60)

En la evaluación de la existencia de control, lo primero que debe hacerse es distinguir la propiedad y el control de la empresa. En efecto, si bien la propiedad de más del 50% del capital social normalmente otorga el control de la empresa, pueden darse casos en que aún con dicho porcentaje de acciones no se detenta el control. Al respecto, la Comisión Europea ha considerado que en determinados casos, “las participaciones menores al 50% otorgan el control de las empresas”³ (Decisión IV/M.147). Asimismo, ha sostenido que

³ Así por ejemplo, en el asunto Eurocom/RSCG, la Comisión Europea consideró que la empresa Havas tenía el control de Eurocom, a pesar de que registraba solamente una participación de 44,25% en dicha empresa, debido a que esa participación le había permitido ejercer de facto el 69.5%, 68% y 77,5% de los

“un accionista que adquiere una mayor participación en la empresa, a pesar que la misma sea pequeña, puede lograr el control, debiendo considerarse como una concentración”⁴ (Decisión IV/M343). Inclusive, ha señalado que “cuando existe gran dispersión del accionariado, participaciones minoritarias permiten a los accionistas que las detentan una influencia decisiva sobre la empresa”⁵.

Por lo tanto, lo propio y característico del control exclusivo “es la capacidad de determinar unilateralmente la voluntad o funcionamiento competitivo de la empresa, sin que exista otro poder que pueda hacer contrapeso y oponerse a las decisiones del controlador en la adopción de las decisiones relevantes, sin importar los medios por los que se consiga dicha capacidad de control” (Informe N° 011-99-INDECOPI/CLC, 1999, p. 31).

El control conjunto, por su parte existe cuando “los accionistas deben llegar a un acuerdo sobre las decisiones importantes que afecta a todos los accionistas para definir la estrategia competitiva de la empresa y adoptar las decisiones relevantes a tales efectos” (Informe N° 011-99-INDECOPI/CLC, 1999, p. 32). Si el desarrollo de funciones normales de la empresa es dirigido por uno de sus accionistas, pero los demás o alguno de ellos tienen la facultad de bloquear las decisiones estratégicas propuestas, no podría afirmarse que exista control del primero. El control conjunto puede originarse “en participaciones iguales de acciones, igual número de derechos de voto en los órganos sociales o el establecimiento de derechos de veto a favor de determinados accionistas”⁶ (Comisión de la Comunidad Europea [LCEur], 1994).

derechos de voto presentes y representados en las últimas tres juntas generales de accionistas. Citado en Matinez Lage, S. y Brokelmann, H. “Las relaciones entre las autoridades nacionales y las autoridades comunitarias en materia de competencia: El control de las concentraciones”. En: Anuario de la competencia 1996. Luis Cases, Director. Fundación ICO – Marcial Pons. Madrid, España. 1998. Pág. 132.

⁴ Así sucedió en el asunto Societé Générale de Belgique/Generale de Banque, en el cual la Comisión Europea consideró que un accionista que poseía el 20.94% del capital había realizado una operación de concentración al adquirir el 5% adicional de acciones, debido a que ello le otorgaba el 55% de votos en la Asamblea de Accionistas, debido a la dispersión del accionariado.

⁵ Tal es el caso, por ejemplo, del asunto Arjomari-Priox SA/Wiggins Teape Appleton plc (decisión IV/M025), en el caso se consideró que, a pesar de contar con una participación minoritaria, Arjomari tenía influencia decisiva sobre WTA debido a que el segundo mayor accionista tenía 4% y habían otro tres con participaciones del 3 % cada uno.

⁶ Puntos 13, 14, 18, 19 y 21.

En la práctica de la Comisión Europea, los ejemplos de control conjunto son de diversos tipos. Así, “la existencia de tres accionistas con una participación de 33.3% cada uno ha sido considerada un caso evidente de control conjunto”⁷ (Decisión IV/M315). De igual forma, se sostuvo que “la repartición de acciones en 51% y 49% para cada accionista no otorgaba el control al primero porque el segundo contaba con varias prerrogativas que le permitían un control conjunto de la empresa”⁸ (Decisión IV/M308). Adicionalmente, considerando que “las principales decisiones comerciales de las empresas en participación quedarían sujetas a la aprobación previa de los órganos directivos de las empresas en participación conformados en igual número por representantes de los accionistas, se determinó que estarían sujetas a control común”⁹ (Decisión IV/M222). Finalmente, cabe indicar que la Comisión Europea también ha considerado la posibilidad de un control conjunto en aquellos casos en que “accionistas minoritarios, vinculados entre sí o actuando concertadamente, ejercen control sobre la empresa de forma de bloquear decisiones de los accionistas más grandes” (Briones y otros, 1999, pp. 50-54)

Aparte de estos dos tipos de controles explicados líneas arriba, también hemos señalado que existen en base a la legislación francesa tres tipos de controles: Control de Derecho, Control de Hecho y Control Conjunto; dichos controles serán estudiados cuando veamos la Clasificación de los Grupos.

⁷ Asunto Mannesman/Valloures/Illva, respecto a la creación de un holding en que los tres accionistas tendrían cada uno el 33.3% de acciones, por lo cual se afirmó que “ninguna de ellas tendrá la posibilidad de controlar en solitario la votación en junta de accionistas”.

⁸ En el asunto Kali+Salz/MDK/Treuhand, la Comisión sostuvo que las empresas “han elaborado conjuntamente un plan estratégico muy detallado para los próximos cinco años; cualquier desviación sustancial de las medidas en él previstas exigirá la aprobación de una mayoría de tres cuartos de la junta general de la sociedad, lo que en última instancia, confiere a Trehuand un derecho de veto. Por otro lado, la Trehuand puede ejercer un derecho de veto sobre las siguientes decisiones: enajenación de empresas e instalaciones; disposición y adquisición de terrenos de un valor superior a [...] marcos alemanes; conclusión de contratos a largo plazo que supongan obligaciones para la empresa en participación por un valor superior [...] marcos alemanes; elaboración del presupuesto anual y obtención de créditos y concesión de préstamos. Los derechos de voto concedidos a la Treuhand superan con creces lo preciso para proteger su participación minoritaria y, de hecho, le confieren un control conjunto sobre la actuación en el mercado de la empresa en participación”.

⁹ En el asunto Mannesman/Hoesch, se sostuvo que el control común venía dado porque: “MRW y Hoesch adquirirían el 50% de la participación de MPH y Fuchs. Sus derechos de voto y el número de representantes de los accionistas en los órganos de vigilancia y en la junta de accionistas de MHP serán los mismos. La dirección de las empresas en participación deberá obtener la aprobación previa del consejo de vigilancia (Fuchs) o de la junta de accionistas (MHP) para las principales decisiones comerciales, especialmente las relativas a política de la empresa, de precios y de distribución, así como la planificación de las inversiones y de los asuntos financieros y de personal.

En conclusión, el fenómeno de la Concentración Empresarial es un proceso mediante el cual, se realiza a través de la agrupación de entidades (empresas) inicialmente independientes, por el cual dicho proceso conduce a la constitución de unidades económicas nuevas destinados a la organización de empresas con mayor volumen y capacidad frente al mercado y procediendo a su vez a la reducción paulatina de empresas independientes, es decir solo existirán empresas en el mercado debidamente estructuradas (concentraciones), para tener una mayor presencia en el mercado frente a empresas no concentradas, las cuales cada vez serán más pocas.

1.1.3.3. Diferencias entre Uniones de Empresas y Concentración de Empresas.

1.- “Las concentraciones de empresas crean una unidad de decisión, bien sea mediante la fusión, la transmisión / adquisición de patrimonio o de activos y establecimientos mercantiles, o bien por la vía de la adquisición de participaciones que permitan someter a dos o más sociedades a una “dirección unitaria” o “control””. (Paz y Vicent, 1994, p. 874-875). Mientras que las uniones de empresas consisten en puras relaciones contractuales, que respetan la independencia económica de los socios.

2.- En las uniones de empresas no se produce la transmisión patrimonial, ni acreencias, ni obligaciones. Mientras que en las concentraciones empresariales ya sea por fusiones, o por escisiones se transmite las acreencias, las obligaciones es decir el bloque patrimonial como lo establece la Ley de Sociedades.

3.- En las concentraciones empresariales siempre se va dar el control (ya sea mediante OPAS, etc.) tanto de índole jurídico como económico, mientras que en las uniones de empresas no es necesario el control, solos será necesario en los casos de índole económico mas no en lo jurídico.

1.1.3.4. Grupos de Empresas y Grupos de Sociedades.

Estas dos nociones no deben de ser confundidas por cuanto existe una personificación muy importante en cuanto al sujeto de derecho y obligaciones, entonces decimos que el Grupo de Empresas, no es alguien sino “algo”, es decir una organización con dirección económica, pero eso si nunca un “sujeto”, como si lo puede ser un grupo de sociedades.

Los grupos de sociedades, constituyen una manifestación particularizada de un fenómeno más amplio que es la unión de empresas, ya que toda unión o grupos de sociedades es al mismo tiempo una unión de empresas, pues no toda unión de empresas son también unión de sociedades, porque, según García Pita y Lastres (2000,) nada obsta a que puedan:

Unir sus respectivas empresas dos o más empresarios individuales o bien dos o más empresarios con personalidad jurídica no societaria, e incluso ni siquiera asociativa, sino institucional, incluso cabe uniones mixtas, es decir: uniones de empresas, con participación de sociedades y de empresarios no societarios. (p. 17)

En conclusión podemos llamar a este grupo de sociedades aunque suene un poco agresivo como sociedades anónimas gigantes ya que el crecimiento de éstos ha producido una tensión de poderes no solo entre los grandes grupos sino también en la cual las empresas gigantes han llegado en algunas ocasiones a desafiar la soberanía del propio Estado.

1.1.3.5. Contrato de Dominación.

El contrato de dominación, es aquella que rige las relaciones o negocios jurídicos entre sociedad o sujeto dominante y sociedad dominada, legitimando a la primera la facultad de ejercer sobre la segunda un control manifestado en el poder económico, y adicionalmente en el hecho de impartir instrucciones vinculantes, aunque cabe precisar que también existe un control de hecho (Grupos de Hecho), en los que existe dominación pero sin contrato de dominación, en la cual se impide a la sociedad dominante impartir o ejercer instrucciones sobre la dominada.

1.1.3.6. Los Grupos Económicos.

El profesor Enrique Vásquez Huaman de la Universidad del Pacífico desde una perspectiva netamente económica define a ésta figura como al conjunto de firmas relacionadas por lazos de propiedad y gestión corporativa común, cuyo tamaño de capital y diversificación sectorial de su cartera de inversión le ha permitido alcanzar posiciones prominentes en las esferas políticas y económicas. Un ejemplo para ello, “es que la transacción dentro de un grupo de firmas pueden ser más eficientes que las transacciones a través del mercado o las transacciones a través de la organización interna de una firma” (Goto, 1982, p. 58); otra ventaja de la estructura de los grupos económicos es el “alineamiento de las firmas a una red empresarial para maximizar indirectamente los beneficios de las acciones, por lo tanto el propósito de un grupo es extender su círculo de influencias con un mínimo de compromiso de inversión en capital físico” (Flath, 1992, p. 223).

1.1.4. Desarrollo histórico de la normativa extranjera sobre la concentración económica y los grupos.

Una vez analizada la figura diversificada del fenómeno de la Concentración Económica, es necesario indicar como en otras legislaciones regulan éste fenómeno bajo la denominación de Grupos de Sociedades (legislación alemana y brasileña), sociedades vinculadas reguladas en el Código Civil (legislación Italiana), las mismas que poseen una regulación completa a diferencia de otros países que solo tienen normas aisladas y fragmentarias como son los casos de la legislación española y peruana.

Ahora bien, al existir tantas legislaciones que regulan las diferentes manifestaciones de la Concentración Económica, así como sus respectivas doctrinas, se hace necesario establecer un concepto denominado *Derecho de Grupos*, derecho el cual hace referencia a una realidad económica que está claramente necesitada de una regulación jurídica es decir, se trata de una realidad originada por los constantes cambios económicos y recientemente por el fenómeno de la globalización en donde las empresas requieren de un capital para poder sobrevivir y es por ello que se hace necesario buscar socios estratégicos o inversionistas que coadyuven a tal fin.

Este Derecho de Grupos choca contra un concepto tradicional como es el Derecho de Sociedades, por cuanto estos últimos tienen un ámbito regulatorio bastante claro

mientras que el primero por ser novedoso persigue en establecer una normativa mucho más fértil que ayude a no distorsionar el ámbito del campo societario aunque igualmente tiene una estrecha relación en materia conceptual con el derecho societario.

Pues bien, ahora que estamos buscando una definición más clara de lo que es el Derecho de Grupos debemos de mencionar algunos problemas que enfrenta este derecho como menciona García Pita y Lastres (2000) y son:

- “La existencia de participaciones recíprocas y el agrupamiento de capital, en las sociedades participadas.
- La posible extensión de la responsabilidad patrimonial por las deudas del grupo.
- El diverso concepto de “minoría”, que difiere del concepto tradicional en derecho común de sociedades, así como la distinta protección, que cabe deparar a cada uno de las minorías, en función del distinto poder insuficiente, en unos casos; excesivo, en otros que posee cada una, dentro del grupo o dentro de las sociedades integradas en el grupo.
- El eventual reexamen de los negocios jurídicos intrasocietarios (al interior de las corporaciones), en los que las ideas de independencia y de concurso de voluntades parecen quedar en entredicho” (p. 15).

Una vez especificado las legislaciones al cual hace referencia este Derecho de Grupos, cabe describir como trata cada una de estas respectivas legislaciones con relación a dicha figura:

1.1.4.1. En Alemania.

Es la principal influencia en la que ha materia de grupos se refiere, gracias a su “Ley General de Sociedades Anónimas” (Aktiengesetz) de 06 de Setiembre de 1965 en donde contemplan estos grupos de sociedades, el mismo que ha evolucionado a un verdadero Derecho de las empresas vinculadas (“Verbundene Unternehmen”), que es por otra parte la expresión empleada por la ley alemana.

La regulación de los “grupos de empresas o de sociedades” fenómeno como ya hemos dicho que se engloba bajo la denominación general de las “Verbundene Unternehmen”, se encuentra recogida en la legislación sobre las sociedades por acciones. Es decir:

- La Sociedad Anónima (“Aktiengesellschaft”).
- La Sociedad Comanditaria por acciones (“Kommanditgesellschaft auf Aktien).
- La Ley de Sociedades Anónimas (Aktiengesetz), en adelante Aktg.
- Ley contra las prácticas restrictivas de la competencia (“Gesetz gegen die Wettbewerbsbeschränkungen”), el mismo que se encuentra estrechamente conectada con la importantísima ley de sociedades anónimas alemana, cuyo articulado se agrupa en dos (2) bloques en lo relativo a los Grupos de Empresas:
 1. Disposiciones Generales de la Ley; de carácter básicamente definitorio.
 2. Libro III; dedicado a los grupos o uniones de empresas (arts. 291-337)

La normativa alemán se caracteriza: *Primero*; por su amplitud y notable variedad de formas de uniones empresariales, entre las cuales se encuentra el Konzern, el mismo que posee un carácter netamente “contractual”, es decir puede ser considerado como un grupo contractualista.

La Aktg, en su artículo 15°, considera que son uniones de empresas las empresas jurídicamente independientes, que se encuentran relacionadas entre sí. En cualquiera de las siguientes formas:

Según García Pita y Lastres (2000):

- “Siendo titulares de participación mayoritaria o sujetos pasivos de esa participación mayoritaria; jurídicamente independiente pertenece a otra empresa, o cuando pertenece a otra empresa la mayoría de los derechos de voto. Entonces se denominaran de la siguiente manera:
 - Se denominará a la primera Entidad “Empresa con participación mayoritaria” (“im Mehrheits Stehendes Unternehmen).
 - Y la otra, “Empresa mayoritariamente participada” (“mit Mehrheits beteiligtes Unternehmen).
- Siendo, respectivamente sociedades dependientes o dominantes unas de otras; el mismo que se encuentra definido en el Artículo 17° de la Aktg.

- Empresas – Concernos; y que se encuentran definidos en el Artículo 18° de la Aktg y que parten de la noción previa de sociedades o empresas que se hallan en relación de dependiente/dominante, en tal caso cuando tales entidades o empresas se encuentran unidas por la dirección unitaria de la sociedad dominante, se denominará Konzern. Existiendo entre ellas:
 - Un Contrato de Dominación o “Beherrschungsvertrag”.
 - O cuando se trate de entidades “incorporadas” (“eingegliederte”), fenómeno que se produce cuando una sociedad adquiere una participación significativa en el capital de otra, pudiendo con tal hecho a forzar a los socios minoritarios a que le transfieran sus acciones, abandonando la sociedad llega a convertirse en socio único de la participada, sin que desaparezca su propia personalidad jurídica.
- Siendo sociedades con participaciones recíprocas, que vienen definidas en el artículo 19° de la Aktg.
- Siendo partes contratantes en un Contrato de Unión de Empresas, o como Contrato de Cesión de Total de beneficios o Parcial de beneficios”. (p. 26)

Y, la segunda característica es que la *Aktg* ha pretendido solucionar con una regulación global y profunda los diversos problemas que suscitan en el Derecho Societario tales como las figuras de las empresas vinculadas o uniones de empresas (“Verbundene Unternehmen”).

1.1.4.2. En Francia.

Todo lo concerniente a la figura de los grupos se trata en la Ley de Sociedades Comerciales (“Loi des Sociétés Commerciales”), aprobado por Ley N° 2000-93 del 03 de Noviembre de 2000, así como también en la Ley de Grupos de Interés Económico, aprobado por Ordenanza N° 67-281 del 23 de Setiembre de 1967.

Los franceses comienzan definiendo los siguientes términos: *Filial* (es aquella sociedad que está participada por otra, en un volumen superior a la mitad de su capital) y *Participación* (situación que se produce cuando una sociedad poseen en el capital de otra una participación que oscile entre 10 y 50 por ciento) y lo que es *control* que es la mejor legislación que define esta figura y que se encuentra expresada en su Artículo 335-1, de

la Ley de Sociedades Comerciales y en donde definen otras figuras como el Control de Hecho, Control de Derecho y el Control Conjunto.

Adicionalmente establecen un régimen sustantivo de información y contabilización para las participaciones y relaciones de control antes mencionadas (en el caso peruano estas funciones la pueden ejercer tanto la CONASEV como la SBS).

1.1.4.3. En Italia.

Los encontramos en su Código Civile aprobado mediante R. D. N° 262 del 16 de Marzo de 1942, precisamente en sus artículos 2359 y 2360, en donde se refieren a las sociedades vinculadas por una relación de control, dominio o dependencia, así como también el régimen de adquisición de acciones de la sociedad dominante. Se habla del Cartel y el Conzorcio italiano como una especie Corregulación y Cooperación.

1.1.4.4. En Inglaterra.

La doctrina denuncia las insuficiencias del Derecho Positivo, para enfrentarse con el problema de los “groups of companies”.

Adicionalmente, se habla del “Partnership” ingles que es una organización constituida para realizar beneficios y repartirlos, que resulta de un negocio cuya ganancia se repartirá; el “Partnership” carece de personalidad jurídica aunque es una sociedad en el sentido del derecho continental, “siendo semejante a la “associati3n momentané” del derecho belga” (Otaegui, 1984, p. 116), pero con la diferencia de que su duraci3n no tiene por qué estar restringida a la realizaci3n de una operaci3n determinada. Y, finalmente los holdigns.

1.1.4.5. En España.

Se encuentra regulada en los siguientes dispositivos que son:

- Los Artículos 42° al 49° del Código de Comercio de 1885.

- El Artículo 4º de la Ley de Mercado de Valores Español. Ley 24/1988, del 28 de Julio de 1988.
- Y los diversos preceptos del TRLSA (Texto Refundido de la Ley General de Sociedades Anónimas), de entre los cuales destaca el Artículo 87º, nº 2 TRLSA del Real Decreto Legislativo 1564/1989.
- Los Artículos 6º del R.D. nº 671/1992 y 4º del RD. Nº 672/1992 (Régimen de Inversiones Extranjeras en España).
- La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada nº 2/1995

La legislación española, trata de resolver el problema de definición en esto tenemos al grupo de sociedades, al control, a la propiedad indirecta a la transmisión de participaciones sociales, concesión de créditos, etc.

1.1.4.6. En Colombia.

La Legislación Colombiana, define que habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.

Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas. (En la Ley Colombiana, artículo 28º).

Adicionalmente, con relación de los estados financieros del Grupo, la matriz o controlante, además de preparar y presentar estados financieros de propósito general individuales, deben preparar y difundir estados financieros de propósito general consolidados, que presenten la situación financiera, los resultados de las operaciones, los cambios en el patrimonio, así como los flujos de efectivo de la matriz o controlante y sus subordinados o dominados, como si fuesen los de un solo ente. (En la Ley Colombiana, artículo 35).

1.1.4.7. En Argentina.

En la legislación argentina, la figura de los grupos está especialmente regulada en la ley que lo denomina “Agrupación de Colaboración”, constituidas mediante un “Contrato de Agrupación”. Ver en la Ley de Sociedades Comerciales aprobado por ley N° 19.550 y reformado por la Ley 22.903 aprobado el 09 de Setiembre de 1983.

Esta legislación considera como uno de sus fines en cuanto a la agrupación “...Con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad empresarial de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades” (Ley Argentina artículo 367°).

Adicionalmente, podemos decir que hace referencia a un control de hecho, en donde estipula las ventajas económicas que genere su actividad deben recaer directamente en el patrimonio de las empresas agrupadas.

1.1.5. Desarrollo histórico de la normativa nacional sobre la concentración económica y los grupos.

En el Perú, actualmente existe una serie de dispositivos y/o normatividad diversificada relacionado con este tema de los Grupos Empresariales, esto quiere decir que se justifica la necesidad de ordenar esta legislación dispersa de cada uno de los Órganos o Instituciones descentralizadas del Estado tales como SUNAT, INDECOPI, OSINERGIM, SBS, CONASEV, en donde vemos que regulan de alguna manera éste fenómeno que ya no es extraño en la actualidad y que al contrario ha cobrado una gran vigencia en el Derecho Societario, Tributario, Concursal, Financiero y sobre todo Corporativo.

Pues bien, una vez dada las principales pautas doctrinarias de cada una de las figuras que configuran este “derecho de grupos” y que en la actualidad se puede decir que ya existe el mismo en la Unión Europea (UE) con la dación del Proyecto de la IXna. Directiva (inspiración en el modelo alemán) y que consigo trajo la siguiente propuesta: el régimen de la Sociedad Anónima Europea (SAE), en donde pensamos que podría configurarse un sistema y un verdadero Derecho de Grupos en el plano comunitario el cual contendría una regulación de grupos, propiamente dicha.

En el caso peruano, nuestra legislación tiene muchos conceptos relacionados al tema de los Grupos, pero bajo otras acepciones como son: Vinculación Económica, Del Control, Concentraciones, Grupo Económico, Propiedad Indirecta y Conglomerados.

Entonces, nos encontramos ante la necesidad de tratar de buscar una definición coherente de lo que son los Grupos ya sean de Empresas o de Sociedades, pero si nos vamos por el lado económico tendremos que aplicar a la empresa, o sino en su caso en materia legal como grupo de derecho a la que le podríamos denominar como grupos de Sociedades.

Pues bien, empecemos a desmenuzar estos conceptos que trata nuestra legislación nacional en materia de Grupos.

1.1.5.1. Vinculación Económica.

En nuestra legislación nacional, la figura de la vinculación económica es tratada desde diferentes posiciones como son: SUNAT, CONASEV e INDECOPI.

Posición SUNAT, para efectos de recaudación establece disposiciones para el reconocimiento de cuando existe o no vinculaciones entre empresas, estos son establecidos mediante porcentajes, ventas de inmuebles o muebles (dentro de la Ley del Impuesto General a la ventas - IGV), cuando existe sujetos como el exportador y el importador, grava a la producción, mediante porcentajes (dentro de la Ley del Impuesto Selectivo al Consumo - ISC), cuando existe la depreciación, artículo 32° sobre el valor del mercado en este artículo las transacciones entre empresas vinculadas económicamente deben efectuarse al mismo valor que normalmente se obtiene en las operaciones con terceros no vinculados en condiciones iguales o similares, cuando se trate de intereses créditos del exterior, en los contratos de colaboración empresarial y en la reorganización de sociedades (dentro de la Ley de Impuesto a la Renta).

Para la CONASEV, se define como la relación entre dos personas, naturales o jurídicas, que conlleva un “comportamiento concertado” ¿qué tipo de relaciones pueden llevar a un comportamiento concertado? Estos pueden ser: relaciones de parentesco, relaciones a nivel empresarial y relaciones de propiedad; salvo prueba en contrario, se presume la existencia de vinculación en los casos detallados en el artículo 1° del Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores Mobiliarios para los siguientes supuestos: entre personas jurídicas, entre personas naturales, entre personas naturales y jurídicas; también se encuentran señaladas en la Ley de Mercado de Valores en el Artículo 9° y artículo 33° (se refiere a los Fondos de Inversión y su Oferta Publica).

Posición INDECOPI, para los efectos que evidencian vinculación entre deudor y acreedor, estos se encuentran señalados en el Artículo 12° de la Ley General del Sistema Concursal en donde regula la Declaración de vinculación entre el deudor y sus acreedores, los mismos que se puedan dar por: parentesco, socios, asociados de la otra parte o entre una de ellas y los accionistas, socios o asociados de la otra o entre quienes ostentan tal calidad; la propiedad, directa o indirecta del acreedor o deudor en algún negocio de su respectiva contraparte; la existencia de contabilidad común entre las actividades económicas de acreedor y deudor, entre otras. Asimismo, con relación al Procedimiento de reconocimientos de créditos en su artículo 38°.5 de la referida señala que en los casos de créditos invocados por acreedores vinculados a deudor y en aquellos en que surja alguna controversia o duda sobre la existencia de los mismos, el reconocimiento de dichos créditos solamente podrá ser efectuado por la Comisión, la que investigará su existencia, rigen, legitimidad y cuantía por todos los medios, luego de lo cual expedirá la resolución respectiva. Finalmente, en el artículo 41° establece el Contenido de las resoluciones de reconocimiento de créditos, debiendo para ello contener la existencia o inexistencia de vinculación entre acreedor y deudor, conforme a los criterios establecidos en el artículo 12° anteriormente señalado.

1.1.5.2. Del Control.

En la CONASEV, se considera “control” a la capacidad de dirigir la administración de la persona jurídica, también señala la presunción de la existencia del control en los casos como de aprobación con más de la mitad de los derechos de voto en la junta general de accionistas de una persona jurídica a través de mecanismos como contratos de usufructo, y otros. Adicionalmente, alude al control de hecho a través de la propiedad indirecta.

En la SBS, se considera control a la influencia preponderante y continua sobre las decisiones de los órganos de decisión de una persona jurídica. Así como, la CONASEV señala presunciones para el reconocimiento del control, también la SBS reconoce presunciones casi similares a las de la CONASEV como cuando un persona natural o jurídica ejerce mas de la mitad del poder de otro en la junta general de accionistas de una persona jurídica a través de mecanismos como: prenda y otros. Adicionalmente alude la SBS al control de hecho a través de la “propiedad”.

Como se puede apreciar éstas normas tanto de la CONASEV como las de la SBS, están perfectamente relacionados y en algunos casos son similares en el contenido de la norma.

En INDECOPI, el control es la influencia preponderante y continua sobre los órganos de decisión de una persona jurídica, lo que implica una posición que prima dentro de una empresa sobre la opinión de los demás accionistas y que además, lo puede hacer continuamente en el tiempo. Dicha influencia puede ejercerse sobre las decisiones estratégicas que se adoptan en la junta general de accionistas, el directorio e incluso a través de las principales gerencias.

1.1.5.3. De los Grupos Económicos.

En la CONASEV, es el conjunto de personas jurídicas, cualquiera que sea su actividad u objeto social, donde alguna de ellas ejerce el control de las demás, o donde el control de las personas jurídicas que lo conforman es ejercido por una misma persona natural o un mismo conjunto de personas naturales. Ver en el artículo 1° del Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores Mobiliarios

En la SBS, es el conjunto de personas jurídicas nacionales o extranjeras, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce el control sobre la o las demás, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión.

1.1.5.4. De la Propiedad Indirecta.

En la CONASEV, es la propiedad que una persona tiene a través de otra persona natural o jurídica, asimismo en su artículo 3° del Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico habla del desarrollo de esta figura tanto a través de una persona natural como de una persona jurídica. Así como también, lo señala el artículo 7° del Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores Mobiliarios.

1.1.5.5. De las Concentraciones.

En OSINERGMIN, regula el tema de los concentraciones mediante dos formas: Horizontal, en donde son empresas que realizan una de las actividades cuyo porcentaje sea igual o mayor al 15% del mercado y Vertical, en donde son empresas que realizan más de una de las actividades cuyo porcentaje sea igual o mayor al 5% del mercado.

En INDECOPI, se regula el control de las Concentraciones en la Ley No. 26876 - Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, así como también en el D. S. N° 087-2002-EF norma que establece Disposiciones Reglamentarias de la Ley N° 26876 respecto a operaciones de concentración en el sector eléctrico. Ambas normas regulan a las operaciones de concentración que involucren, directa o indirectamente, a empresas eléctricas peruanas. En forma directa, empresas eléctricas realizan la operación y en forma indirecta a través de su grupo empresarial.

1.1.6. La Licitud de la Concentración como desarrollo fundamental de los grupos.

Como ya hemos explicado la concentración económica ha dejado de ser un fenómeno para convertirse en una figura real y que es fruto de un capitalismo maduro, por cuanto en las diferentes legislaciones de países tales como: Francia, España, Brasil vienen desarrollando e implementado en sus legislaciones de carácter corporativo y convirtiéndose así en países vanguardistas a lo que al mundo del Derecho Corporativo respecta. Sin embargo, la legislación alemán es considerada a nuestro entender la que mejor desarrolla esta figura de las concentraciones económicas bajo la modalidad de grupos de sociedades.

Pues bien, una vez que ya hemos identificado esta figura como real debemos ahora partir desde el principio de su legalidad, esto quiere decir que tanto para el derecho público como para el derecho privado, esta figura es lícita.

El artículo 38° de la Constitución Política Española expresa el reconocimiento de la libertad de la Empresa y de la Economía de Mercado; lo mismo sucede con el artículo 58° de la Constitución Política Peruana que habla acerca de la iniciativa privada es libre, y que junto con el artículo 61° que regula acerca de la protección a la libre competencia, así como el tema de la protección al consumidor; son artículos que indirectamente y no taxativamente permiten la agrupación, la concentración. Si la constitución así lo dispone, y no hay nada que la impide, solo existe una protección mas no un impedimento, entonces estamos ante la figura de la licitud de las concentraciones.

Cuando la licitud genérica es amparada por nuestra Constitución o por cualquier otra bajo la denominación de Libertad de Empresa (en nuestro país lo reconoce como iniciativa privada es libre), ésta declaración comporta la necesidad de que concurren ciertos presupuestos institucionales que tradicionalmente han sido tipificados por el Derecho Privado, así lo explica García Pita y Lastres en su obra Los Grupos de Sociedades y la Concentración de Empresas. Estos presupuestos son, según García Pita y Lastres (2000):

- 1.- Libre determinación de los factores productivos; es la libertad de afectar bienes a la producción económica, basadas en negocios jurídicos de disposición sobre las propias empresas/unidades productivas organizadas.
- 2.- Libertad de acceso y permanencia de los empresarios en el mercado, entendida en el sentido de la libre creación y gestión de una Empresa, y de entrada o acceso al Mercado; es la libertad de “asociación” económica/productiva. Es con este presupuesto en donde podría estar el fundamento del “derecho de constituir sociedades y figuras para-asociativas” (cuentas en participación, comunidades de bienes y ganancias), que se convierten en técnica idóneas para la concentración empresarial
- 3.- Autonomía negocial privada o Libertad de Contratación; ésta libertad permitiría la diversa gama de contratos de cooperación y asociación ínter empresarial. Ejem. En el derecho alemán. (p. 21).

Hay otros contenidos de la Libertad de Empresa que en apariencia, podría oponerse a la concentración empresarial; pero no siempre es así ya que solo constituirán límites intrínsecos. Estos son, según García Pita y Lastres (2000):

- 4.- Libre juego de la concurrencia y la competencia; la libre competencia parece ser hostil a los fenómenos de concentración, pero en otros casos sucede lo contrario, de ¿qué forma? A veces es el propio juego de la competencia que hace que las propias empresas se agrupen en forma legítima y con ello hagan propicia la concentración.
- 5.- Capacidad de autodeterminación y gestión de la Empresa; el empresario tendrá una libertad de decisión esto es la libertad de organización; aunque ésta libertad de decisión tiende a desaparecer en el seno de los grupos de sociedades, ello no impide para que la propia libertad de decisión y de organización de la empresa se manifieste en la voluntad de agrupación, como forma de organización de la llamada “empresa policorporativa”.

- 6.- Libertad de apropiación del beneficio empresarial; en el seno de los grupos de sociedades o uniones de empresas, suelen producirse fenómenos de alteración de la imputación de beneficios y de pérdidas. Adicionalmente, la concentración empresarial persigue la disminución de los riesgos, a través de la concentración de poder. Lo único que debe hacer el Derecho es conseguir de éste modo no se lesionen otros intereses dignos de protección (como son los intereses de los accionistas minoritarios).
- 7.- Libertad de elección o soberanía de los consumidores; ciertamente la concentración empresarial puede lesionar esta libertad, que no es de los empresarios, sino de sus contrapartes (consumidores), ya que disminuye el número de concurrentes independientes (es decir no habría más ofertas para el público). Pero también es cierto, que existen otros factores y que son lícitos que aconsejan reconocer, pero controlar, los procesos de concentración empresarial, esto quiere decir normar mediante dispositivos estos procesos de concentración empresarial.
(p. 24)

En conclusión, como existe una base constitucional mediante la cual se reconoce la licitud genérica de la concentración empresarial, también existen intereses de protección singulares de las entidades involucradas en el proceso de agrupación o concentración, existe propiamente un “interés del grupo”. Al existir la concurrencia de este interés, es notorio que habrá de producirse un conflicto, el que enfrentará:

- Por una parte al “interés de los socios minoritarios de las entidades agrupadas” (los llamados socios externos).
- Y por otra, frente a él el “interés del grupo”.

1.1.7. ¿Qué es la Concentración Económica?

La concentración económica tiene que ver con el tipo de mercados en los que actúan las empresas implicadas en la operación en cuestión. Pero, ¿Cómo se define el concepto de Concentración?, se puede definir como la fusión, adquisición de control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fidecomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualquier otro agente económico.

Es así, que se distinguen para el fenómeno de concentración económica las concentraciones horizontales (horizontal mergers), concentraciones verticales (vertical

mergers) y concentraciones entre empresas no relacionados (conglomerate mergers). Las concentraciones horizontales son aquellas en las cuales las empresas que participan en la operación de adquisición, fusión o unión empresarial son competidores en el mercado del mismo producto. Las concentraciones verticales, en cambio, implican fusiones, adquisiciones o uniones entre empresas cuya relación en el mercado es la de proveedor-cliente. Las concentraciones entre empresas no relacionadas, finalmente, involucran casos en los cuales las empresas venden productos que no compiten entre sí, pero que usan canales de comercialización o procesos productivos similares (product extension mergers), casos en los que se dedican a productos similares pero los venden en áreas geográficas diferentes (market extension mergers) y casos en los cuales la concentración se da entre empresas que no tienen ninguna relación entre sí (pure conglomerate mergers).

Como consecuencia de las concentraciones económicas, se va obtener básicamente dos efectos sobre el comportamiento de los agentes económicos.

- a) Por un lado, crea una nueva entidad con mayor participación en el mercado que la que tenían individualmente cada una de las empresas que se concentraron.
- b) Y, por otro lado disminuye el número de competidores efectivos y de ese modo puede ser más fácil la aparición de prácticas concertadas (monopólicas) tendientes a fijar precios o repartir cuotas de mercado.

En conclusión, estos dos efectos que vienen a ser operaciones de concentraciones horizontales son en general los que presentan amenazas mayores desde el punto de vista de la competencia.

Pero, nuevamente surge una pregunta ¿Y qué relación guarda los oligopolios y la concentración de Mercado?. Pues bien, estos temas vienen a la mente como producto de las posibles consecuencias de la privatización de algunas empresas del Estado (caso Electrocentro y Electronorte), ya que se pueden dar efectos monopólicos u oligopólicos con la cual se tiene una concentración de los mercados y por ende un posible deterioro en el bienestar de la sociedad.

Pero, ¿Qué cosa es un Mercado oligopólico?, se considera que una estructura de mercado es oligopólico cuando el mercado se encuentra formado por un número pequeño de empresas interdependientes. El Oligopolio existe cuando un pequeño número de compañías domina la industria lo suficiente como para fijar los precios en el mercado. En

el oligopolio las empresas deben reconocer que ellas son interdependientes, es decir que cualquier acción realizada por una de ellas, respecto a la producción, precio, calidad o diferenciación del producto, causará una reacción de parte de las otras firmas. Existen diversos motivos para la existencia de oligopolios, entre ellos tenemos: Economía de Escala, las barreras de entrada y las fusiones.

¿Y qué relación tiene la concentración de Mercado frente al oligopolio?.

Una de las formas más populares para medir la concentración de mercado es ver el porcentaje de participación de las cuatro empresas más grandes de la industria. Por ejemplo, se debe verificar si ellos juntos tienen una participación por encima del 85% (por decir un ejemplo) de la producción o ventas del mercado. Además, para evaluar la viabilidad de los actos de concentración se debe tener en cuenta los efectos de acto de concentración: en la competencia y en los precios.

La competencia es la mejor forma de proteger el interés público y asegurarse que los consumidores paguen los precios más justos por un producto o servicio. Para ello, se debe tener mercados eficientemente estructurados y transparentes.

Asimismo, hay que considerar también que los efectos del acto de concentración en la determinación de los precios pueden ser evaluados objetivamente antes del acto de concentración, a esto es lo que la doctrina la denomina “control ex ante”. Por tanto, sería perjudicial si esa evolución se realiza a partir de un análisis costo-beneficio posterior al acto, por ello, es preferible que la preocupación sobre los efectos del acto de concentración esté centrada sobre la base de protección de incrementos de precios a los usuarios por un determinado período de tiempo.

Más indirectos aún son los efectos de las concentraciones económicas, en donde las sociedades que la conforman buscan extender: sus líneas de productos o su área geográfica de influencia. Los cambios en la estructura de los mercados son aquí “virtuales”, ya que el número de proveedores y clientes de cada uno de los productos y zonas involucrados permanece por definición igual. Sin embargo, el comportamiento de la nueva unidad económica puede en ciertos casos resultar diferente del que mantenían sus fundadores antes de formar una única entidad, en virtud del intercambio de información entre los componentes del nuevo ente, del empleo de políticas empresariales comunes, o del ejercicio de una mayor influencia en mercados relacionados (por ejemplo, de insumos comunes a todas las empresas). Otro efecto sobre el comportamiento de los

mercados puede ser la desaparición de un “Competidor Potencial” (es decir, de una empresa que sí bien no actuaba en un cierto mercado era capaz de ingresar a él), un ejemplo de esto es que si una de las empresas participantes en la concentración tenía la posibilidad de ingresar por cuenta propia al mercado de la otra y dicho ingreso potencial se ve reemplazado por su asociación con ésta última.

En conclusión, después de ver algunos efectos anteriores y posteriores a la concentración económica o llamado también concentración de mercado en donde intervienen los grupos económicos, se puede definir dicha figura como cualquier acto del tipo económico por la cual se concentren sociedades, se fusionen, etc., con el objetivo de obtener un mayor poderío empresarial en el Mercado y que aprovechen más ventajosamente los recursos en dicho mercado. Adicionalmente, se deberá elaborar un esquema de control previo que sirva para fomentar las operaciones que tienen efectos económicos, es decir que deberán estar sujetos a ciertas condiciones o a una serie de criterios generales pero sin fijar límite taxativos que puedan perjudicar a dichas concentraciones económicas

1.1.8. Diferencias entre grupo de sociedades y grupos de empresas.

- a) **Los Grupos de Empresas.-** Es una modalidad de la concentración empresarial, en la que varias empresas, que subsisten y conservan una independencia jurídica, adoptan una política económica común – principio de la “Unidad de decisión”, a través de mecanismos jurídicos diversos tales como: contratos, adquisición de participaciones, etc. con objeto de aunar, sea en un plano de igualdad o bien en régimen de subordinación, sus decisiones estratégicos de actuación, producción, distribución, etc., en el mercado, conforme a, o de acuerdo con, un interés común del conjunto.

- b) **Los Grupos de Sociedades.-** Es una modalidad de Grupos de Empresas en la que necesariamente han de intervenir entes de índole “societario”, que se halla caracterizado por la existencia de vínculos ínter societarios, de participación de capital, en los que la “Unidad de decisión” propia de toda relación de dominio, por parte de las sociedades partícipes, en los

participados, y que determina que la independencia jurídica vaya acompañada por una unidad de decisión económica basada en la dominación.

En conclusión y de acuerdo con el Tratadista Español García Pita y Lastres (2000) parece más adecuado señalar que es:

El recurso a la noción de “dirección unitaria”, como elemento característico del “grupo”; como factor que crea y revela la existencia de una única empresa (si se admite la Tesis de la llamada “Empresa Policorporativa”, o que pone de relieve la existencia de un “interés común”, en cuyo caso posiblemente se lima en las diferencias entre la noción “amplia” y la “restringida”. Frente a la trascendencia de este dato o de este factor, el elemento de la “participación de control” o en general de la participación de capital, no deja de ser sino el mero “sustrato”, de hecho, “un mero sustrato”, y no el único: Ya que solamente se da en los grupos de vínculo financiero – sobre el que se orienta el “grupo”. En este punto reside, precisamente la distinción entre “grupos de empresas o sociedades”, por un lado, y por otro “inserción societaria”; entre participaciones capitalistas y participaciones empresariales, que dependen importantes sectores de la doctrina. (p. 27)

1.2. Clasificación de los Fenómenos de Concentración Económica y de los Grupos de Empresas.

1.2.1. Clasificaciones Basadas en Factores o Criterios Económicos.

1.2.1.1. Clasificación en función a su origen.

Esta clasificación ha sido elaborada por Champaud (1969), atendiendo al sentido de los objetivos que se pretende lograr (objetivos económicos), a través de la estructura del Grupo. Así tenemos:

A) Grupos Industriales.

Se orientan hacia una mejor organización de la producción, mediante el ejercicio de actividades industriales: idénticas, similares o complementarias; es decir se adaptan perfectamente al crecimiento interno de una empresa. En conclusión, quedan aptas para integrarse en forma horizontal o verticalmente.

Dentro de estos grupos industriales se distinguen los siguientes:

A.1) Grupos Industriales Primarios.-

Son aquellos, en donde la empresa en su crecimiento alcanza un grado determinado, por lo que dicha empresa necesita “desdoblarse” para lograr una mejor administración y funcionamiento, llegando así a obtener mayor volumen de recursos financieros (Autofinanciación). (p. 241)

A.2) Grupos Industriales Secundarios.-

Estos grupos aparecen cuando el crecimiento del grupo industrial primario es tan amplio que la empresa dominante, o una de sus dominadas evoluciona y crece mediante la incorporación de otras “empresas preexistentes” (es decir aparece mediante la anexión de otras empresas competidoras o “auxiliares”). (Hundskope Excebio, 2000, pp 262-263).

B) Grupos Financieros.

Estos grupos se forman cuando una empresa cuyo objeto es netamente financiero, controla a otras empresas mediante su participación en éstas, creándose así un grupo con “dirección económica unificada” (Hundskope, 2000, p. 263). Por ello, para De la Cámara Alvarez (1977) “es la especialidad del objeto de la empresa controlante lo que tipifica al grupo financiero y lo separa del grupo industrial” (p. 279)

Los grupos financieros, están representados por “Sociedades de Cartera” denominados en la doctrina “ Holding” y en otros países son también reconocidos dentro de éste grupo financiero pero en una posición muy especial a los “Trust”¹⁰.

La Holding¹¹ es una sociedad cuyo objeto es poseer participaciones en otras sociedades. Su nombre proviene de: To Hold, es un verbo ingles que significa:

¹⁰ “Trust”.- En Inglaterra, designase con la palabra “trust” (confianza) a la recepción y disposición por una persona del derecho o patrimonio de otra, para administrarlo en interés de ésta. Llámese “trustee” al individuo o ente fiduciario (fideicomisario, depositario, guardador, administrador). Mas, cuando la institución del “trust” británico cruzó el Océano Atlántico, para instalarse en los EEUU, adquirió un significado muy diferente: aludía a la práctica consistente en la creación de un “sindicato” que recababa de los accionistas de las principales sociedades por acciones dedicadas a un mismo ramo industrial, la entrega de sus títulos, a cambio de unos certificados negociables, que conferían derechos económicos (dividendos), cuota de liquidación pero no políticos (voto), ya que estos derechos de voto pasaban a los “administradores”, que de este modo poseían mayorías en las juntas de accionistas, y de este modo se hacían con el *control y la unidad de dirección*. Langle Rubio, E. “Manual de derecho mercantil español”. Tomo I. Editorial Bosch. Barcelona, España. 1950. Pág.718.

¹¹ “ Holding”, se trata de una forma organizativa, también de base financiera, que se manifiesta en el papel de la llamada “sociedad de cabecera”, como propietaria de las participaciones en el resto de las entidades, con una función de accionista mayoritario, pero pasivo. La sociedad o entidad “holding” actúa sobre todo como un mero receptor de rentas, guiado por el objetivo principal de maximizar las rentas, merced a la obtención de dividendos o ganancias, proporcionadas por sociedades participadas, cuyas actividades o

tomar o coger algo, pero no sólo para poseer sino también para adquirir y poseer el control. Por ello, la sociedad holding como matriz del grupo constituye característica principal de los Grupos Financieros.

C) Grupos Mixtos.

Los grupos mixtos, son aquellos que surgen de la combinación de los anteriores grupos. Es decir, tienen el control financiero (de los grupos financieros) sobre la realización de las actividades industriales sean éstas similares, idénticas o complementarias (Grupos industriales).

D) Grupos que persiguen finalidades distintas y diversas.

En este grupo destacan aquellas empresas cuyos objetivos de colaboración deben de agruparse en función de una mayor o menor licitud, e incluso sucede el agruparse bajo una potencial ilicitud, “porque la colaboración ínterempresarial no siempre resulta lícita aunque tal vez esto signifique que no se trata de verdadera “colaboración”, sino de “cartelización” (García, 2000, p. 39). Así tenemos:

D.1).- Los Cárteles.-

Es una forma de organización monopolística, el mismo que se constituye como un “monopolio a plazo medio” (García, 2000, p. 39). El término Cártel generalmente aceptado en materia de Competencia se refiere a un acuerdo entre competidores con un objeto contrario a la competencia. La Superintendencia Procompetencia Española destaca de esta definición tres elementos que caracterizan un cartel, a saber “el volitivo (acuerdo), el personal (entre competidores) y el objetivo (versará sobre prácticas contrarias a la libre competencia)” (Chulia, 1996, p. 74).

empresas no constituyen negocios relacionados; circunstancia que ha llevado a calificar a este tipo de grupos o agrupaciones, como “Conglomerados”. Aragon Medina, J.; “Los grupos de empresas como unidad económica dominante”. Vease en: “Grupos de empresa y Derecho del trabajo” de A. Baylos Grau y L. Collado Garcia. Editorial Trotta S.A. . Madrid, España. 1994. Pág.358.

D.2).- Los Corners y Rings.-

Son reuniones transitorias de especuladores, que persiguen el objetivo de acaparar algún producto para su reventa al alza.

D.3).- Los Pools.-

Son acuerdos que asocian a productores o prestadores de servicios, con objeto de fijar precios determinados (Concertación de precios) y hacer comunes las utilidades (Langle Rubio, 1950, p. 720).

1.2.1.2. Clasificación en función a la actividad.

Esta clasificación se da atendiendo al objeto social de las empresas agrupadas. En otras clasificaciones dividen a éste tipo de clasificación en: “grupos “unifuncionales” y grupos “plurifuncionales”” (Broseta, p. 391), en donde la base de esta clasificación se encuentra en la naturaleza y objeto de la actividad “predominante” del grupo. Se dividen en:

A) Grupos Homogéneos. Grupos Horizontales

También llamada Concentración Horizontal o Horizontal Combination o Horizontal Mergers.

Son aquellos en los que todas las empresas que lo conforman se dedican a la misma actividad; es decir unen a entidades que desarrollan empresas de idéntica o análoga naturaleza, que actúan e interaccionan en régimen de competencia, “en un mismo estadio o fase del proceso productivo” (García, 2000, p. 40). Asimismo, desde el punto de vista del Derecho de la Competencia las concentraciones horizontales son aquellas en las cuales las empresas que participan en la operación de adquisición, fusión o unión son competidores en el mercado del mismo producto. Ejemplo: Cuando una empresa eléctrica se agrupa con otras empresas eléctricas para la distribución de electricidad en una misma área o en áreas distintas.

B) Grupos Heterogéneos. Grupos Verticales

También llamada Concentración Vertical o Vertical Combination o Vertical Mergers.

Son aquellos en los cuáles las empresas desarrollan actividades distintas, es decir en fases diversas dentro del proceso productivo, de tal manera que “sus empresas se hallan interesadas de modo sucesivo y complementario” (García, 2000, p. 40). Las empresas que se unen en un grupo horizontal son empresas de distinta naturaleza pero ligadas económicamente en la obtención de un mismo producto, un ejemplo para esto sería la formación de una Joint Venture. Asimismo, desde el punto de vista del Derecho de la Competencia las concentraciones verticales, en cambio, implican fusiones, adquisiciones o uniones entre empresas cuya relación en el mercado es la de proveedor – cliente. Ejemplo: las empresas eléctricas de Generación, Distribución y Comercialización en donde funcionan dentro de un mercado Eléctrico y cuya concentración se daría entre el proveedor – cliente, en este caso Generador – Distribuidor.

C) Grupos Diagonales (o Conglomerados) o Pure Conglomerate Mergers.

Son aquellos en los cuales “las empresas desarrollan actividades distintas y carecen de relación económica entre sí” (Hundskopf, 2000, p. 254). Así por ejemplo: una empresa dedicada a la actividad pesquera, una dedicada a la agricultura, una a la ganadería, una de lácteos y una última que sea un banco, como se puede apreciar existe una gran diversidad de actividades diferentes que conforma cada una de las empresas integrantes del grupo. A pesar de realizar actividades no relacionadas económicamente, se puede dar el caso de que la empresa dominante (para este caso la empresa pesquera), ordene que la empresa dedicada a la agricultura provea de alimento al ganado de las empresa ganadera y que este provea de la leche a la empresa de lácteos, así como también que el banco otorgue beneficios a las empresas integrantes del grupo para la realización de sus actividades.

1.2.1.3. Clasificación en función a la Colaboración de Empresas dentro de un Grupo de Interés Económico.

Es cierto que “la colaboración ínterempresarial suele ser un paso ineludible para la concentración” (Bercovitz, 1979/1980, p. 11), pero lo cierto (sobre todo en España), supone una fórmula con identidad propia al alcance de las PYMES para mejorar su posición dentro del mercado. Colaboración entre PYMES y que pueden desarrollarse en doble plano: colaboración con grandes empresas (técnicas de colaboración vertical) y colaboración de PYMES entre sí (técnicas de colaboración horizontal).

A) Técnicas de Colaboración Vertical.

Estas técnicas “se basan en las relaciones de colaboración entre pequeñas y grandes empresas” (Bercovitz, 1979/1980, p. 19). Estas técnicas son de naturaleza contractual, es por eso que se aplica para este caso lo dispuesto en el artículo 1255 del C.C. Español, en lo concerniente a la libertad de pactos contractuales. Dos son las formas de contratos bajo éste técnica de colaboración entre pequeños y grandes empresarios: la Concesión Mercantil y la Franquicia. En cuanto a la franquicia, lo que podemos decir es que las ventajas son evidentes: el franquiciador obtiene unos beneficios por autorizar y asesorar al franquiciador a hacer uso del sistema de organización creado por aquel, y, además, si es un industrial, le permite comercializar unos productos con pocos gastos y manteniendo siempre una misma imagen frente al público. Al franquiciado le permite dedicarse al desarrollo de una actividad empresarial apoyada en la experiencia, el asesoramiento y el apoyo del franquiciador. Sin embargo, se pueden observar algunos peligros en ese tipo contractual: en primer lugar, los problemas lógicos derivados de la mayor parte de las ocasiones, a las PYMES a adherirse a las cláusulas contractuales impuestas por las grandes empresas; y, en segundo lugar, “la inseguridad que conlleva la falta de regulación legal de ambas figuras (Concesión mercantil y franquicia), por lo que es urgente que la misma se lleve a efecto” (Bercovitz, 1979).

B) Técnicas de Colaboración Horizontal.

Se basan en las relaciones de colaboración de PYMES dedicadas a la misma actividad. Así como las técnicas de colaboración vertical se encauzan a través de medios contractuales, las de colaboración horizontal se basan en un principio asociativo, sin que esta asociación conlleve pérdida de autonomía jurídica o

económica para las empresas asociadas. Se trata, en esencia, de que ninguna de las PYMES participantes pueda dominar al resto de sus asociados. “La asociación podrá revestir, por supuesto, cualquiera de los tipos sociales admitidos en nuestro Derecho” (Bercovitz, 1979/1980, p. 13). Tradicionalmente, en la vida empresarial español las PYMES españolas han acudido a figuras tales como: las asociaciones y uniones de empresas o a las cooperativas de empresarios. Pero los resultados en España a lo largo de los años hasta el año 1992, no han sido positivos por los siguientes factores: la no concesión de personalidad jurídica, en unos casos, los escasos beneficios tributarios, en otros, lo que hicieron poco posible propiciar las relaciones de colaboración ínter empresariales.

Por tanto, al ver el jurista español esta serie de problemas en dicha colaboración, optó por adecuar su legislación (Ordenanza de 23 de setiembre de 1967) a lo regulado por la los GIE francés y que dice: “poner en marcha todos los medios adecuados para facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros y para mejorar o aumentar los resultados de esa actividad”, y en gran parte debe su éxito “a la simplicidad y a la gran libertad que se otorga a los interesados para configurar a su gusto el grupo de colaboración creado”. No suficiente esto, el legislador comunitario decidió regular las relaciones de colaboración entre empresarios pertenecientes a varios países de la CEE, inspirada también en el grupo de interés económico francés, en concreto decidió regular la Agrupación Europea de Interés Económico denominado AEIE.

Hoy en día, España se encuentra viviendo un auge económico y normativo a la vez, revirtiendo por tanto dichos acontecimientos sucedidos en el pasado y consiguiendo de manera positiva el establecimiento de un orden económico legal idóneo y eficiente.

1.2.1.4. Clasificación en función a la perspectiva de la organización interna del grupo: con o sin órgano de dirección.

Esta clasificación se da desde la perspectiva del grado de organización y estructuración de los grupos. Algunos autores en esta clasificación lo diferencian de los “kartelle”, respecto de los “Syndikate”, como una “verdadera unidad” (Emmerich y Sonnenschein, 1992, p. 18).

A) Carteles.

Este grupo surge de una “base contractual”, generalmente de agrupaciones empresariales del tipo horizontal, en donde tanto los empresarios como las entidades se encuentran en el mismo nivel del proceso de producción. Estos se caracterizan por su finalidad es decir, por los objetivos que persiguen como es el de “limitar y regular su reciproca concurrencia en el mercado, llegando inclusive a alcanzar el dominio sobre el mismo” (Uria, 1949, p. 617). Asimismo, el elemento del control, así como la pérdida de la independencia económica en éste tipo no existe. Lo que caracteriza a ésta figura con respecto a la otra figura de los Sindicatos, radica en que éste tipo de unión es más simple, es decir, que el pacto o acuerdo vinculante “carece de trascendencia al exterior, e incluso tiende a ser mantenido en riguroso secreto” (García, 2000, p. 42); es ésta la ventaja que tienen los empresarios o entidades agrupados ya que conservan su libertad de ejecutar negocios y una autonomía plena, pero claro está, “manteniéndose dentro de los límites pactados o fijados en el pacto de cartelización” (Uria, 1949, p. 617).

B) Sindicatos.-

También surge de una “base contractual”, de una agrupación del tipo horizontal. Lo mismo para este tipo no existe el control ni la pérdida de la independencia económica. A ésta figura lo que le caracteriza con respecto al Cartel radica en una mayor complejidad y “unos vínculos más intensos, y que se pueden llegar a manifestar en la constitución de un órgano central de vigilancia y control; de distribución de productos; de centralización de ventas” (Uria, 1949, p. 617).

1.2.2. Clasificaciones Basadas en Factores o Criterios Jurídicos.

Esta clasificación es utilizada ampliamente por la doctrina para poder clasificar en forma general a los Grupos de acuerdo con los vínculos de unión que se puedan dar. Siguiendo al maestro García - Pita y Lastres (2000), estas se dan de 2 maneras:

A) **Uniones Contractuales.**

Son aquellas que se forman como consecuencia de una voluntad deliberada (pensada) y meditada de todas las entidades que se integran, cuya voluntad se plasma en ciertos “contratos” denominados “contratos de empresa” (Unternehmensvertrage), en donde cuyo objetivo es organizar las relaciones del grupo (Grupos de Coordinación o de Dominación y de Subordinación). Un ejemplo podrá ser los Grupos de Derecho.

B) Uniones Fáticas.

Son aquellas en donde se da la inexistencia de una voluntad negocial, como las que si se dan en los grupos “contractuales”. Es decir, que para éste tipo de grupos se hablará de “Comunidades de Interés”. Un ejemplo pueden ser los Grupos de Hecho.” (p. 43)

1.2.2.1. Clasificación en función a su carácter del vínculo que funda la Unidad del Grupo.

A) Grupos por Participación.

Es una técnica típica de los grupos de empresas, sobre todo cuando son “Grupos de Subordinación”, es decir, consiste en la adquisición y tenencia por parte de una sociedad sobre el capital de otras sociedades, en donde el objetivo central será ostentar el control de dicha empresa o empresas. Estos Grupos de Participación se subdividen en cuatro:

A.1.- Grupos de Participación Radial.

La configuración de estos grupos son frecuentes, otros dicen que tienen una estructura simple. Consisten en el control financiero (adquisición de participaciones) que tiene una sociedad dominante o Matriz, en donde algunos autores lo denominan “Holding”, el mismo que no deja de ser cierto, sobre el capital de cada una de las empresas dependientes o “Filiales”, es decir se establece una conexión entre la empresa dominante y las dominadas.

Como dice Champaud (1969):

De que la empresa dominante ha de realizar una doble función: la de operante (Operator) y la de titular de acciones (Title of Capital Stock) que ejerce el poder de dirección, terminando por convertirse exclusivamente en una empresa tenedora (comúnmente denominada “Holding”)” (215).

Asimismo, para De la Cámara (1977) dice que se trata de grupos en donde “si bien la sociedad Matriz participa en las diferentes filiales, en cambio las filiales no se encuentran relacionadas, entre sí, toda vez que no presentan vínculos de reciproca participación, de unas en otras” (p. 564).

A.2).- Grupos de Participación Piramidal.

Se caracteriza por el hecho de que “la participación y el control se ejercitan escalonadamente, de la principal a las filiales” (De la Cámara, 1977, p. 564). Es decir, la dominante va a participar en dos o más empresas y que estas a su vez participan y controlan a otras empresas (subgrupos de empresas).

A.3).- Grupos de Participación Circular.

Es un grupo que se crea de acuerdo a la técnica de las “participaciones reciprocas”. Consiste en que una empresa matriz crea y controla una empresa filial que a su vez ésta crea otra empresa y la controla, y así sucesivamente, hasta que la última adquiere participaciones de la primera. Adicionalmente todas estas empresas pueden tratarse de empresas ya constituidas y que se han ido adquiriendo el control en cada una de ellas ya sea directamente o indirectamente por parte de la Matriz. Como dice Hundskopf (2000):

Esta estructura puede presentar graves problemas, ya que al participar cada empresa en una determinada proporción en el capital de la otra, se pueden presentar dos situaciones: a) que se distorsione la realidad del capital social (y por ende la seguridad jurídica de los terceros), o b) que se afecte el correcto funcionamiento de los órganos sociales” (p. 258).

B) Grupos Contractuales.

La existencia de éstos grupos se originan como consecuencia de un contrato en donde se proporciona a una de las partes a influir en las decisiones sobre las otras empresas integrantes del grupo. Estos, también pueden nacer como consecuencia de la firma de convenios, acuerdos y que luego se transformaría en contratos que

pueden ser de afiliación, coordinación o de dominación. Asimismo, se dan para formar una especie de alianza económica y que dicha alianza se dé en una misma dirección, Garrigues Diaz-Cañabate (1947) le otorga un nombre “Comunidad de intereses” (p. 1300) (Common Interests or Community Interests).

Estos grupos, suelen tener diversas modalidades: 1) Contratos en donde se proporciona el uso de bienes (suministro, arrendamiento); 2) Contratos por la que se brindan servicios (Contratos de Servicios, de Distribución, de Franquicia, de Joint Venture); 3) Contratos que suelen dar un cierto sentido de coordinación a su actividad, es decir de carácter asociativo (Cárteles); 4) Contratos basados en el pacto de “Comunidad de Ganancias”, algunos autores lo identifican como “Pool”.

Pero, cabe distinguir dos figuras muy analizadas en esta parte del trabajo que son “Cártel” y “Grupos”. La figura del Cartel es comúnmente utilizada por su finalidad anticoncurrencial, algunos lo consideran como una “unión mínima”; mientras que Grupos tiene una finalidad netamente integradora (más precisamente por la organización del trabajo al interior del grupo o por su complemento, incorporación y cooperación económica). Finalmente, algunos lo consideran como “unión máxima o creación de complejos económicos” (García, 2000, p. 44).

C) Grupos Personales.

Este grupo generalmente se aplica en el Derecho Angloamericano; y se presenta cuando la unidad de dirección económica resulta de una dirección común entre los administradores de la empresa (dirigentes) o en su caso por los lazos familiares en que los unen. Pero, existe también la posibilidad de que sin ejercer el control del tipo participacional, exista una concentración a través de los órganos de dirección (administradores), como por ejemplo el intercambio de administradores entre diferentes sociedades, ya que se producen elecciones o nombramientos de administradores comunes a varias entidades agrupadas pero formalmente independientes; en ésta situación este grupo personal pasaría a un segundo plano, lo mismo sucedería para el caso de un control contractual.

D) Grupos de Vínculo Real.

Estos grupos tienen su origen en la adquisición de elementos patrimoniales y establecimientos mercantiles/empresas. Se trataría de agrupaciones o uniones de empresas basadas en vínculos consistentes en derechos “in rem”, es decir que recaen sobre “activos reales.”.

1.2.2.2. Clasificación por su manifestación externa.

Este tipo de clasificación ha sido largamente estudiado por el derecho comparado. Sin embargo, hay un país que le ha dado un mejor desarrollo a esta clasificación y ese ha sido Alemania. Pues bien, la legislación alemana en su Art. 15° de la Ley de Sociedades Anónimas (Aktiengesetz) considera que son “uniones de empresas” las empresas jurídicamente independientes, que se encuentran relacionadas entre si...de cualquiera de las siguientes maneras:

García Pita y Lastres (2000):

- 1.- Siendo titulares de participación mayoritaria, o sujetos pasivos de esa participación mayoritaria. En donde se denominará a la primera Entidad “empresa con participación mayoritaria”, y a la otra “Empresa mayoritariamente participada”.
- 2.- Siendo sociedades dependientes o dominantes unas de otras.
- 3.- Siendo empresas Konzerns. En donde se darían a través de un “Contrato de Dominación” o bien a través de entidades “Integradas” o “Incorporadas”.
- 4.- Siendo sociedades con participaciones recíprocas, que vienen definidas en el Art. 19°.
- 5.- Siendo partes contratantes en un “Contrato de Unión de Empresas”, a este contrato hay que sumar otros como “Contratos de cesión total de beneficios” o “Contratos de cesión parcial de beneficios” (p. 16).

A) Grupos de Derecho.

Está regulada por la Ley de Sociedades Anónimas

(Aktiengesetz), ley que quizás más que una legislación de sociedades por acciones, sea una regulación de los grupos de sociedades, y en donde dentro de sus Disposiciones Iniciales o Generales del libro de sociedades anónimas a parte de definir otras figuras también Le Pera (1979) define:

La empresa dependiente como aquella sobre la cual otra empresa puede ejercer, directa o indirectamente, una “influencia dominante”, advirtiéndose que tal situación de dependencia se presume siempre que la “mayoría de los derechos de voto” en dicha primera empresa correspondan a otra. (p. 148)

La ley alemana dedica en su libro III al análisis de las “uniones de empresas” o de las “empresas vinculadas”, en sus Arts. 291° al 337°. Dicha normativa ha contemplado una notable variedad de formas diversas de unión empresarial, entre las cuales se encuentran el Konzern que posee un carácter “contractual”, es aquí en donde nace el “Grupo de Derecho”. El Konzern (o empresas del Grupo), ocurre cuando varias empresas están sujetas a una “dirección uniforme”, empresas dominantes y dominadas; empresas vinculadas por un “contrato de dominación”; y empresas “integradas” constituyen, o se presume que constituyen, un Konzern.

Ahora bien, en que consisten Contratos de Empresas y la Integración de empresas en la Aktiengesetz. La legislación alemana propone una regulación para diversos contratos de empresas entre las cuales están:

Contrato de dominación, contratos por los que una empresa se obliga a transferir sus utilidades a otra, contrato por el cual una empresa se obliga a transferir sus utilidades (o las de algunos de sus establecimientos) a un pool al que también concurren otras empresas, para que el fondo así constituido sea partido de acuerdo con ciertas reglas, contrato por el cual una empresa se obliga a transferir a otra sus utilidades de uno o más de sus establecimientos y contrato por el cual una empresa cede o entrega su negocio o actividad a otra. (Le Pera, 1979, p. 150 y 243)

Dichos contratos deben estar debidamente inscritos en el Registro Público de Comercio, con lo cual se asegura su publicidad, así como se establecen “garantías a las sociedades involucradas, sus acreedores y el “tercero accionista”” (Le Pera, 1979, p. 151).

Tanto el contrato de dominación que corresponde a la categoría de los Contratos de Empresas, así como la Integración de empresas, tiene un denominador común:

Autorizaban a ejercitar una influencia dominante, aun en perjuicio de la sociedad o sus accionistas, sin responsabilidad para quien ejerciera dicha influencia ni para los funcionarios de la dominada que se sometieran (en realidad su deber jurídico, como se verá, es justamente “someterse”). (Le Pera, 1979, p. 150 y 244).

Un Contrato de Dominación o Beherrschungsvertrag, rige las relaciones entre sociedad o sujeto dominante, y sociedad dominada, legitimado a la primera para ejercer sobre la segunda un control, manifestado en el poder/derecho de impartirle instrucciones vinculantes, aunque también se reconocen los “faktische Konzerne” (o grupos de hecho), en los que existe dominación sin contrato de dominación; razón por la cual se prohíbe a la sociedad dominante impartir cierto tipo de instrucciones a la dominada.

Una Integración de empresas, denominada también “Sociedades Integradas” o Eingegliederte Gesellschaften, dispone que si todas las acciones de una sociedad son tenidas por otra, las Asambleas de Accionistas de ambas sociedades pueden disponer la integración de ellas, Art. 319° y 320° de la Ley de Sociedades Anónimas Alemana. Decidida esta integración (que necesariamente debe inscribirse en el Registro) la sociedad principal (Hauptgesellschaft) adquiere “el derecho de dar directivas al directorio de la integrada respecto de la dirección de la sociedad”, Art. 323° de la Ley, siendo la situación similar a si existiera un contrato de dominación. (Le Pera, 1979, p. 152).

Adicionalmente, en Francia se aplica el Control de Derecho, que se da “cuando una sociedad posee, directa o indirectamente, una fracción en el capital de otra que le confiere la mayoría de los derechos de voto” (García, 2000, p. 16). Asimismo, la ley francesa también dispone el Control Conjunto, que se da cuando una sociedad dispone de la mayoría de los derechos de voto en virtud de un acuerdo concluido con otro accionistas o socios, y que no es contrario al interés social de la sociedad.

En conclusión, los “grupos de derecho” se constituyen cuando un “grupo de hecho” se “legitima”, en algún momento mediante la adopción de alguno de los procedimientos anteriormente indicados.

B) Grupos de Hecho.

Como ya lo hemos señalado antes, este grupo de Hecho o “faktische Konzerne”, ocurre cuando varias empresas se encuentran sujetas a una dirección unificada pero no “celebran” un contrato de empresa ni recurren a una “integración”. Para estos grupos de hecho se prevén normas sobre confección de estados contables

consolidados, pero lo más importante, es que las empresas que lo integran no pueden ser administradas en perjuicio de su particular interés como tales (Le Pera, 1979, p. 245).

Adicionalmente, en Francia se aplica el Control de Hecho, “que es cuando una sociedad determina, de hecho, por los derechos de voto de que dispone, las decisiones de las Juntas Generales de otra sociedad” (García, 2000, p. 16). Es decir, este control existe cuando gracias a los derechos de voto una sociedad determina las decisiones tomadas en otra sociedad. En este caso poco importa el monto de acciones adquiridas.

1.2.2.3. Clasificación por la nacionalidad.

A).- Grupos Nacionales.

Son aquellos grupos conformados por empresas nacionales del país de origen, sin la intervención de empresas extranjeras tanto en su constitución ni en la participación en las empresas peruanas.

B).- Grupos Internacionales o Transnacionales

Para tratar este tipo de grupo, se hace necesario primero buscar la aplicación coherente del término “empresa transnacional”. Se entiende por empresa transnacional, ha aquella empresa que presenta una estructura compuesta por unidades operativas que actúan estrechamente interconectadas entre sí, y cuyo sistema empresarial se encuentra controlado por una dirección unitaria, el mismo que presenta estrategia y objetivos definidos de modo unitario para todo el sistema.

La característica central en la estructura de una empresa transnacional está definida por un profundo proceso de concentración económica. Dicho proceso se viabiliza mediante la realización de un “complejo fenómeno de integración empresarial, destinado a consolidar una red de unidades empresariales operativas, vinculadas entre sí, según los lineamientos de un proceso de integración empresarial “vertical” u “horizontal” según sea el caso” (Ermida, 1981, p. 56). La estructura interna con que actúa una empresa de este tipo, presenta la existencia de un sistema organizado en cadena, donde todas las unidades operativas se

interrelacionan directamente con la unidad central (modalidad organizativa denominada “en estrellas o en abanico” (Ermida, 1981, p. 56)).

Pues bien, una vez conceptualizado el término de empresa transnacional, concebiremos a ésta figura como un “grupo de empresas”, entrelazadas entre sí por la existencia de un sistema operativo común, el cual tiene presencia y actúa simultáneamente en varios territorios nacionales, correspondientes a varios países.

Los rasgos más comunes de una Grupo transnacional, según Sánchez son los siguientes:

- 1.- Su estructura presenta una definida pluralidad de componentes, los cuales gozan de niveles de autonomía operativa mayor o menor, siendo en muchos casos, una autonomía formal y aparente.
- 2.- Vinculación real entre todos los componentes del sistema, vinculación que se manifiesta bajo la forma del control, la coordinación o la relación de subordinación.
- 3.- Existencia real de una unidad de todo el conjunto de componentes, con niveles de mayor o menor grado de centralización o descentralización en el funcionamiento interno de todo el sistema, así como en la puesta en práctica de la estrategia operativa de todo el conjunto.
- 4.- La existencia de niveles significativos de responsabilidad solidaria y de hecho, frente a los resultados de toda la gestión del sistema. Este nivel de responsabilidad solidaria de hecho que se produce entre todos los componentes del grupo, no es más que una consecuencia de la unidad de todo el conglomerado empresarial.
- 5.- Finalidad de lucro, expresada en niveles multinacionales, con diversificación de fuentes de recursos y costos.
- 6.- Existencia de una estrategia global que opera en base a un mercado, cuya naturaleza es el de ser multinacional y en muchos casos, obviando la existencia de fronteras nacionales.
- 7.- Presencia de una búsqueda constante de un proceso de renovación tecnológica, la cual otorgue las ventajas comparativas necesarias frente al alto nivel de competitividad del mercado en el que actúa la empresa; por ello un rasgo esencial de la estrategia operativa de una empresa transnacional es el de gestión y gerencia de la misma en base a la aplicación de criterios de diversificación de costos,

riesgos, sectores económicos en los cuales se actúa, fuentes de recursos e insumos, etc., todo esto con la finalidad de obtener niveles de seguridad y rentabilidad mayores y continuos a través del tiempo.

8.- Existencia en muchos casos del denominado “comercio intra-empresa”, consolidando en la misma empresa transnacional, la función del vendedor y el comprador” (N° 40);

y

9.- Actividad multinacional, es decir, presencia y funcionamiento de todo el conglomerado empresarial en diversos mercados nacionales de varios países, con carácter simultáneo y permanente. Esta característica de su estrategia es su rango distintivo más importante y le da un carácter extranacional a la mayor parte de sus actos, consolidando su naturaleza estructural de ser un conjunto económico internacional, con reglas de organización y funcionamiento propias. (Sanchez Dominguez, N° 40)

Es creciente la configuración de grupos transnacionales mediante relaciones contractuales:

Si admitimos la existencia de una relación contractual constitutiva de una situación de control societario y de configuración de grupo, es congruente admitir que entre las partes que celebraron aquel negocio puedan seguir celebrando nuevos contratos en el futuro como sujetos de derecho distintos, cualquiera que sea la relación de control intersocietaria e intergrupo (Bogiano, 1985, p. 8).

Por tanto, el jurista observará como a través de medios jurídicos y contables, estos Grupos Multinacionales invierten sus capitales, creando nuevas empresas o adquiriendo otras ya en funcionamiento; y transmiten o transfieren de algún modo sus conocimientos tecnológicos, obteniendo de uno y otro modo, ganancias.

La llegada al cruce de ambas direcciones le permitirá afirmar que lo que normalmente se llaman Empresas Multinacionales, contemplada desde primas y categorías jurídicas, no son otra cosa que un conjunto de Empresas interrelacionadas cuya estructura abarca multitud de naciones, o sea, unos Grupos Multinacionales de Empresas; que desarrollan una actividad predominantemente en el campo de la inversión de capitales en el extranjero, y de la transferencia internacional de tecnología; produciendo además, por medio del control o influencia dominante sobre las empresas miembros del Grupo, importantes

restricciones a la libre competencia en los diversos mercados en que actúan.
(Fernández Toma, 1983, p. 18)

Por último, la problemática jurídica de la regulación del fenómeno de las empresas transnacionales presenta algunos aspectos fundamentales, tales como el de otorgarle a dicho tipo de empresa una determinada identidad jurídica, a través de la creación de una determinada categoría jurídica que la conceptualice como sujeto. Asimismo, otro aspecto importante es el de determinar la modalidad jurídica a la que se adecua la estructura funcional y operativa de dichas empresas y de no existir esta modalidad jurídica en la regulación jurídica vigente, proceder a crearla utilizando conceptos jurídicos clásicos ya existentes o nuevos conceptos.

Coincidiendo con Hundskopf (2000), los campos en los que más inciden los grupos multinacionales sobre los distintos ordenamientos jurídicos, son los siguientes:

- “El derecho de la concurrencia y la eventual responsabilidad de la matriz o empresa controlante por los actos ilícitos cometidos por las filiales o por las empresas controladas.
- El derecho tributario en lo referente a los problemas de la doble imposición, los paraísos fiscales, las transacciones intragrupo (ventas de bienes, prestaciones de servicios, negociaciones financieras, regalías, etc.). Estas mismas transacciones desarrolladas a través del Internet o comercio electrónico. La inversión de capitales extranjeros y la transferencia de tecnología.
- El derecho concursal, en donde a la problemática de la quiebra de sociedades agrupadas (extensión de quiebra, masa única o masas separadas, etc.) (p. 266-267).

Una solución para el aspecto tributario, sería que los grupos internacionales localizaran la sociedad Holding (sociedad matriz), en un país con una imposición favorable y en función de los convenios internacionales de carácter tributario.

1.2.2.4. Clasificación basada en la intensidad, Uniones basados en vínculos de coordinación y subordinación.

A) Grupo Mínimo de Intensidad.

Este grupo está representado por los convenios entre empresas, que tienden a “armonizar su actitud en el tráfico” (García, 2000, p. 48); es decir su comportamiento en el mercado, pero sin que ello afecte a su independencia jurídica sino incluso, sin que afecte a su independencia económica. Por tanto, cada empresa se administra a sí misma, de forma autónoma, sin perjuicio de que se encuentre negocialmente vinculada, a la observancia de ciertos comportamientos. Como quiera que se trate de acuerdos que tienen que ver con el objeto de la “reglamentación de la competencia”, se pueden presentar diferentes modalidades en cuanto a su eficacia vinculante (o negocialmente vinculada):

1. Un “acuerdo” o una “decisión”; que constituyen verdaderos negocios jurídicos vinculantes, sean unilaterales o bilaterales (contratos), o “colectivos” (acuerdos plurilaterales, no contractuales).
2. Que “una recomendación colectiva”; una “práctica concertada” o una “conducta conscientemente paralela”, que responden más bien a la imagen de los “gentlemen’s agreements” (acuerdo o pacto de caballeros). (García Pita y Lastres, 2000, p. 48).

Como se puede observar, este grupo tiene que ver directamente con las prácticas de la libre competencia, que pueden ser del tipo: prácticas de Abuso de posición de dominio que son prácticas individuales, o en su caso prácticas restrictivas de la libre competencia en donde se darán los Acuerdos, Decisiones, Recomendaciones, etc.

B) Grupo Intermedio de Intensidad.

Este grupo se da dentro de los procesos de unión empresarial. Es aquel, en el que las entidades integradas pierden su autonomía económica, aunque conserven la autonomía jurídica. Para De La Camara Álvarez (1977), se presentaría esta figura como los “grupos de sociedades” (p. 264), es decir lo que el derecho alemán denomina Concernos (Konzerne), en donde ciertas sociedades estarían controladas por una dominante, dicha dominación tiene que ver con la toma de decisiones o imposición de decisiones a las demás y en donde esas sociedades conservarían su personalidad jurídica.

C) Grupo Máximo de Intensidad.

Esta categoría, se proyecta en el ámbito de la “Fusión de sociedades”, ya que en ésta se da la pérdida de la independencia jurídica, así como la pérdida de la personalidad jurídica de todas las sociedades que sufren el fenómeno o el proceso de integración.



CAPITULO II: LA INSTITUCIÓN DE LOS GRUPOS. PROBLEMÁTICA ACERCA DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES Y LA BÚSQUEDA DE FORMAS DE REGULACIÓN EN LA NORMATIVIDAD PERUANA VIGENTE

Hablar de grupos de empresas o reconocer la existencia de los grupos de sociedades¹² hoy en día no es una novedad, por cuanto dicha “figura jurídica” como hemos podido ver a lo largo de la presente obra se encuentra perfectamente regulado en otros países tal es el caso de España, Francia e Italia. Por ello, los grupos de sociedades surgen como necesidad a los requerimientos de las grandes corporaciones sean estas nacionales o internacionales (estructuras económicas de gran escala), en donde necesitan dichas sociedades: diversificar mejor sus actividades económicas, descentralizar una gran sociedad, obtener una mayor presencia en el contexto del libre mercado, optimizar los recursos (sinergias) o también aumentar el nivel de producción no solo de bienes de consumo sino también de servicios, etc.; todo esto a través de agrupamientos, creación de nuevas sociedades, compra de activos, o en todo caso adquiriendo otras (fusionándose), etc.

Actualmente, el ámbito económico ha cambiado de manera rápida y permanente en el sentido de que las sociedades buscan cada vez más copar el respectivo mercado hacia donde está dirigida su actividad económica, así como también la posibilidad de incursionar en nuevos negocios diversificando con esto su objeto social. Para realizar dichas incursiones o copamientos de mercados, tenemos que reconocer la existencia de una empresa “líder”, o como lo llaman otros “matriz” “controlante”, en donde los administradores de dicha sociedad son los encargados de señalar cuales son las líneas que

¹² Diversos autores hablen de ésta figura tales como: Bello Martin Crespo, María. “Concentración de Empresas de Dimensión Comunitaria”. Editorial Arazandi. Pamplona, España. 1997. Embrid Irujo, M. “Caracterización jurídica del grupo de sociedades y su significado en el derecho del trabajo”. RL. Tomo I. España. 1985. Forum Europaeum. “Corporate Group Law for Europe”. Stockolm. 2000. GARRIGUES, Joaquín. “Curso de Derecho Mercantil”. Editorial TEMIS. Tomo I y II. Bogota, Colombia. 1987. Garcia Pita y Lastres, José Luis. “Los Grupos de Sociedades y la Concentración de Empresas (Consideraciones Generales)”. Universidad La Coruña. 2000. GUYENOT, Jean Pierre. “Los Grupos de Interés Económico”. Ediciones Jurídicas Europa – America. Buenos Aires, Argentina. 1973. Candido Paz Ares, “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, Rev. Jur. Estudiantes UAM, n° 1, 1999, pp. 223-252. REPORT OF THE HIGH LEVEL GROUP OF COMPANY LAW EXPERTS ON A MODERN REGULATORY FRAMEWORK FOR COMPANY LAW IN EUROPE, present in Brussels, 4 November 2002. Se le denomina a éste informe como el INFORME WINTER. Etc.

van a seguir con el objetivo de dar cumplimiento a las disposiciones emanadas de la matriz o la controlante. Por tanto, la idea de “Grupo” surge como un concepto de organización (pluralidad jurídica), en donde la relación existente entre las sociedades y la matriz de alguna u otra manera tienen vinculaciones del tipo no solo económico, sino también político, societario, administrativo, familiar, etc.; funcionando para esto en un perfecto nexo de coordinación, o en su caso de subordinación, pero manteniendo siempre su autonomía jurídica.

Pero, cabe preguntarnos dos cosas: 1).- ¿Qué pasa con la independencia social de cada una de las sociedades integrantes del grupo? ¿Se vería acaso coaccionada por la formación del grupo?, es decir ¿Se vería acaso perjudicada cada una de éstas sociedades al beneficiar el interés del grupo? y 2).- ¿Acaso la administración de cada una de las sociedades dependientes deben acatar y responder por las líneas de acción de la sociedad controlante? ¿Es admisible esto?.

Estas y muchas otras interrogantes se plantean al momento de pensar en conformar y regular éste fenómeno novísimo que se llama “grupos de sociedades” y que en un futuro no muy lejano denominaremos a su estudio exclusivo como una nueva rama del derecho, y que es **“El Derecho de Grupos”**, figura muy interesante y que revolucionaría el Derecho de Sociedades en todo el mundo.

En el Perú, dicha figura ha comenzado a tomar mayor fuerza a partir del cambio experimentado en nuestra economía con las privatizaciones de los años 90 en donde hubo una apertura en los mercados¹³ de nuestro país, trayendo con dicha apertura un aumento de la inversión extranjera, así como la creación de mano de obra, etc. Un ejemplo de éstos grupos internacionales o transnacionales sería el Grupo Endesa España, el Grupo Telefónica, el Grupo Cencosud, así como también grupos peruanos ya existentes en el mercado en aquellos años como serían: el Grupo Gloria, el Grupo Romero, Grupo Brescia y el Grupo Backus (hoy controlado por la transnacional SAB Miller).

Pues bien en este orden de ideas, el Perú al tener una década demasiado auspiciosa en materia de inversiones así como una muy buena campaña de privatizaciones, lamentablemente en el presente siglo XXI, no se ha dado un muy buen comienzo en el desarrollo de dichas políticas, ya que hubieron factores externos e internos que

¹³ El concepto de **mercado** tiene varias variables, sin embargo para la presente investigación hemos tomado en consideración los mercados estudiados por el Derecho de la Competencia y que son: Mercado Geográfico, Mercado de Producto y un Mercado Temporal.

lamentablemente coadyuvaron a que se paralizara el referido desarrollo económico. Como por ejemplo podemos citar: la Crisis que comenzó en mitad del año 1997 con el efecto Dragón en Asia, el efecto Vodka en Rusia, el Efecto Tequila en México, el Efecto Samba en el Brasil y el Efecto Tango en Argentina, sumando a estos efectos pues cabe también mencionar la llegada de la Corriente del Niño en Verano de 1998, así como los factores políticos del año 2000 y su Restauración en el año 2001. Todos estos acontecimientos acabaron por desalentar las futuras inyecciones de capitales por parte de inversionistas potenciales, así como la imagen que quedó debilitada ante la comunidad internacional y que se vio reflejada en el aumento de riesgo país dadas por las respectivas Casas de Inversiones Internacionales y las Calificadoras de Riesgos.

Sin embargo, hay que señalar que a pesar de todos estos eventos señalados líneas arriba y gracias a la firma de un Tratado de Libre Comercio con los EEUU, así como las negociaciones que se vienen realizando con el propósito de firmar en un futuro Tratados de Libre Comercio con países como Canadá y China e incluso con la Comunidad Europea, hay empresas que aún creen en el Perú en los cinco últimos años, y que decidieron invertir no obstante las deficiencias existentes no solo desde el ámbito de la imagen internacional sino también desde el ámbito político, y hasta podemos decir jurídico (desde el punto de vista tributario), ya que lo primero que un inversionista pregunta al momento de invertir en un determinado país, es preguntar y ¿Cuáles son las normas tributarias que afectan al negocio?. Dichas empresas solo por mencionar y que confiaron en nuestro país son: Bavaria (empresa Colombiana), Polar (empresa Venezolana), la Tabacalera British American Tobacco, la gigante cervecera Interbrew – AmBev y la empresa sudafricana SAB Miller (estos dos últimos grupos pugnan por la lucha del control de mercado cervecero peruano). Las empresas mencionadas anteriormente no son solo empresas de economía a gran escala sino “Grupos empresariales” o “Grupo Económico” o “Grupo de Sociedades”.

Por tanto, el presente capítulo buscará analizar la figura de los “grupos” en virtud a las siguientes preguntas: ¿Cómo reconocer la existencia jurídica de los Grupos que vienen ingresando a nuestro país o en su caso la existencia de Grupos que ya trabajan en nuestro país? o ¿Cómo regularizarlos o formalizarlos a fin de que no altere la economía en nuestro mercado?. Al parecer, esto en principio resulta algo descabellado, pero no imposible. Es por esto, que la problemática de los grupos de sociedades se presentan desde diferentes ámbitos: primero por parte del grupo inversionista, segundo del grupo

que queda afectado como producto de dichas inversiones (accionistas externos o accionistas minoritarios); y un tercero que es el grupo de los acreedores (que pueden ser trabajadores, terceros o el mismo Estado). No cabe duda, que el derecho es una herramienta esencial en velar por el orden jurídico, y el cumplimiento de las leyes, así como también el dictar normas o reglas claras que ayuden a la convivencia pacífica, en este caso tanto empresarios, accionistas, trabajadores, consumidores, etc. Una futura regulación de grupos de sociedades no se encuentra tan lejano, solo es cuestión de darle la debida importancia y además que todos los sectores o agentes económicos se encuentren lo suficientemente de acuerdo en legislar dicha figura, ¿Por qué la Comunidad Europea con tanta diversidad de culturas, razas, idiomas y sobre todo leyes han podido ponerse de acuerdo en dar leyes comunes a todas las partes, siendo un Continente tan grande? y ¿Por qué el Perú siendo tan pequeño no haría lo mismo?. Pues bien, esperemos que con este aporte o este *nuevo intento*¹⁴ por de alguna u otra forma de regular a los Grupos de Sociedades ya sea como una vía contractual, o una vía AD-HOC, o en su caso proponer dicho concepto dentro de la actividad estatal¹⁵ como una primera forma también de considerar a dicha figura dentro del ámbito de las Contrataciones y Adquisiciones del Estado, no quede en el olvido.

2.1. Intento más cercano de Regulación a los Grupos Empresariales y Análisis de su Problemática.

Uno de los tantos intentos que surgieron para poder regular a los grupos empresariales y que estuvo cercano de poder concretarse como una propuesta acertada dada por el Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia fue aquella Comisión¹⁶ que se constituyó en Enero del 2000 y del cual formé parte en calidad de Secretario Técnico. Dicha Comisión

¹⁴ Cuando hablamos de nuevos intentos pues nos referimos a los diversos aportes dados en nuestra legislación por profesionales que se anticipan a los cambios constantes en materia de regular las novedosas figuras jurídicas en este caso Los Grupos de Empresas. Podemos citar por ejemplo. A los Dres. Oswaldo Hundskopf Exebio, Hernando Montoya Alberti, Emil Ruppert Yáñez, Raúl Aza Derteano, Alonso Morales Acosta, entre otros.

¹⁵ Hablamos de la Actividad Estatal por cuanto en la actualidad existe una Comisión conformada por el propio Ejecutivo, académicos y diversos organismos representantes del sector empresarial así como también representantes de los trabajadores; que se vienen reuniendo para elaborar el Proyecto de la Ley General del Trabajo y en donde en uno de sus articulados tratan de definir la figura de “Grupos de Empresas”.

¹⁶ Por Resolución Ministerial N° 001-2000-JUS de fecha 13 de enero del 2000 y Resolución Viceministerial N° 004-2000-JUS se conformó la Comisión encargada de evaluar y revisar la normatividad vigente a fin de elaborar un Anteproyecto de Ley de Grupo de Empresas.

estuvo integrada por un grupo de especialistas en el campo del Derecho y sobre todo en el tema materia de estudio, los cuales fueron convocados con el propósito de dar un cuerpo normativo que ayudara de alguna manera a normar y formalizar los grupos empresariales en nuestro país. Por ello, para visualizar mejor este intento y problemática, pasaremos a señalar los hechos más saltantes que se produjeron en el debate de la Comisión de Grupos de Empresas.

Cuando nos referimos a la problemática de los Grupos de Empresas, viene a mente la discusión que se planteó en el seno de dicha Comisión formada por el Ministerio de Justicia en el año 2000; Comisión que se encargaría de elaborar un Anteproyecto de Ley de Grupos de Empresas, el mismo que estaría conformada por grandes profesionales tales como: Oswaldo Hundskopf Exebio, Ricardo Beaumont Callirgos, Alfredo Bullard Gonzales, Emil Ruppert Yáñez, Hernando Montoya Alberti, Raul Aza Derteano, entre otros.

Comenzamos tratando el tema de cómo íbamos a regular el fenómeno de los grupos de empresas, para esto se dio una serie de discusiones al interior de la Comisión, esto es:

- i).- La necesidad de evaluar qué ley se iba a elaborar, si era viable crear una ley lo suficientemente detallista, o tiene que ser una ley con principios genéricos que recoja toda la legislación dispersa, o recoja al azar disposiciones sobre competencia, o en su caso solo regular mediante una ley Marco o Ley AD-HOC de Grupos de Empresas.
- ii).- Se comenzó a tratar el estudio de los grupos de empresas de una manera general es decir, en ver los diferentes fenómenos o criterios básicos en que se encuentran inmersos o en su caso se enfrentaría a una futura regulación de grupos de empresas. Comenzamos a ver temas como por ejemplo:
 - ii.1).- Los grupos por participación, en donde dichos grupos su factor importante es el accionariado, es decir ver de qué manera se integra este Grupo en función al accionariado de las sociedades y cómo se manejaba esto.
 - ii.2).- La constitución por Escritura Pública, en donde mantiene su personalidad jurídica cada empresa, creando de tal manera una

“Empresa Policorporativa”, figura que ha sido estudiada en el transcurso de esta obra.

- ii.3).- Los grupos de hecho, son los que mas existe en la práctica, esto es, ver por ejemplo su relación con el lavado de dinero, los efectos por ejemplo del mal comportamiento de las unidades en otros países y de qué manera afecta a la matriz. Si, la quiebra de una empresa filial o subsidiaria en el Perú arrastra o compromete a la matriz.
- ii.4).- Vinculaciones del tipo económico en función a la familia, en función al capital. Esto es, que para que exista vinculación económica entre miembros de un grupo tendría que haber el criterio de permanencia.
- ii.5).- El reconocer la existencia de Grupo de Empresas y que tiene además a una empresa que de alguna forma se interesa por el desarrollo de todos en su conjunto.
- ii.6).- Sociedades vinculadas,
- ii.7).- Evitar que una empresa integrante del Grupo se beneficie con las utilidades y perjudique a otras empresas del grupo con las perdidas.
- ii.8).- Mecanismos de protección contra los grupos, por ejemplo: el derecho de separación, derecho ejercido por los socios externos (llamados también accionistas minoritarios).
- ii.9).- Protección a los trabajadores en el sentido de que se pueden oponer inclusive a través de comités, por ejemplo cuando se concentran las ventas o los ingresos en una empresa o cuando se da el movimiento de una y quedan inactivas otras, o cuando todas las utilidades se concentran en una y a la inversa.
- ii.10).- Y, posteriormente otros temas.

Seguidamente, la Comisión comenzó a tratar los factores importantes que engloba el funcionamiento de los grupos de empresas, el mismo que lo organizaremos en seis (6) grandes bloques, y que pasaremos a explicar de manera muy sucinta y objetiva.

PRIMER BLOQUE: DEL DERECHO COMPARADO

El presente bloque comenta los tres modelos de regulación que da el Derecho Comparado acerca de los Grupos:

- **Modelo Personal.-**

Un ejemplo que se pone para este caso es el de la familia Banchemo Rossi, accionistas comunes, una sola política económica a todas las empresas del Grupo, hay un cruzamiento o intercambio de directores en todas las empresas, sindicatos de accionistas (generalmente sindicatos de mando) ya sea de voto o de bloqueo pero de mando estos son denominados accionistas mayoritarios. Adicionalmente, también se le reconoce como Grupo Personal por la presencia de directores comunes o de gerencia común.

- **Modelo Contractual.**

En el caso del Modelo Contractual en Alemania por ejemplo, se usa un contrato denominado Contrato de Dominación entre una gran empresa que va a manejar a otras es decir, la voluntad de las otras están subordinadas a esa gran empresa a través del contrato de dominación. En estos contratos de dominación, existe un desplazamiento de la competencia en los órganos de las empresas controladas, es decir, no se reúnen ni los directores, ni la gerencia de las empresas controladas porque la controlante es la que toma las decisiones. Por tanto, este contrato es inscribible en el registro como una especie de convención y tiene reconocimiento tanto tributario, empresarial, etc.

- **Modelo de Participación.**

En el Modelo de Participación a diferencia de los otros dos, se caracteriza por cuanto una sociedad participa en el accionariado de la otra, y esa otra de las otras y así sucesivamente hasta formar una especie de cadena, a través de diferentes empresas intermediarias. Aquí, son todos accionistas comunes de todas las empresas. Por ejemplo: sociedades matrices, filiales, etc.

SEGUNDO BLOQUE: CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE GRUPO

El siguiente bloque, trata sobre el tema de grupos de empresas como una **nueva forma de empresa**; por eso, cuando se habla de Grupo no se refiere a las fusiones, reorganizaciones, escisiones, pero hay algunos casos en que éstas figuras pueden conllevar a extinciones de sociedades o de empresas.

El Grupo, es una figura constante que se encuentra en la literatura jurídica. El Grupo, representa por tanto una nueva forma de empresa basada en la unidad económica, sin perjuicio del mantenimiento de la personalidad jurídica de cada una de ellas; las decisiones mas importantes son tomadas por la empresa dominante ya que las empresas dominadas pierden su autonomía de **gestión empresarial**, es decir, sacrifican la gestión empresarial dejando que las decisiones las tome la empresa dominante.

Lo más importante en este bloque es el interés del Grupo, el cual exige que se sacrifiquen los intereses individuales de cada sociedad. Asimismo, el Grupo viene a ser para los juristas un nuevo sujeto de derechos colectivos. Para la doctrina moderna, el Grupo representa una especie de “*empresa Policorporativa*”, es decir vendría a ser una nueva forma jurídica o una nueva forma colectiva de organización empresarial fundada sobre la unidad de la empresa misma. La Ley de Sociedades Alemana, es la primera que tipifica jurídicamente la figura de Grupo de Sociedades sin que cada sociedad pierda su individualidad jurídica. Otros ordenamientos jurídicos que han elaborado disciplinas jurídicas sobre Grupo son el español, francés, el italiano y el inglés.

En conclusión, los Grupos constituyen el fenómeno contemporáneo más importante dentro de la tendencia a la Concentración Empresarial, ya que los Grupos dada su eficiencia y economicidad posibilitan la máxima racionalización de su funcionamiento; proporcionándole grandes ventajas frente a las empresas aisladas. Por tanto, el conjunto de empresas jurídicamente autónomas y económicamente sometidas a una dirección unificada constituyen una **nueva gran empresa**.

TERCER BLOQUE: PRINCIPIOS RECTORES

Luego, en el presente bloque la Comisión trató los principios rectores de los Grupos, los mismos que se fundamentan de la siguiente manera: primero en que hay un reconocimiento jurídico de la legitimidad de la estructura de los Grupos a nivel universal; en segundo lugar hay un sometimiento de los intereses individuales al interés del Grupo en su conjunto atribuyendo a la sociedad dominante o al Órgano Colegiado que se cree,

la facultad de impartir instrucciones a los órganos de dominación de las empresas dependientes; y finalmente, un tercer principio y creo el mas interesante que es la necesidad de establecer medidas de protección de los sectores de interés potencialmente afectados (accionistas minoritarios, acreedores y trabajadores).

CUARTO BLOQUE: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

En este cuarto bloque, la Comisión trató el tema de los elementos constitutivos de los Grupos de Empresas de la siguiente manera:

- **De la Autonomía Jurídica.**

En donde cada persona jurídica o natural que es miembro del Grupo mantiene su autonomía jurídica por lo menos registral.

- **De la Dirección Unificada.**

Significa instruir el manejo del Grupo desde una cabeza que puede ser una persona física como puede ser una persona jurídica, que es la líder, y que ésta a su vez es el que dirige al Grupo en sí.

- **De la Relación de Dominio y Dependencia.**

Este punto se encuentra vinculado al anterior, ya que se refiere al tipo de control que se aplica a las empresas dominadas y que son estas las que forman parte de la pirámide grupal.

Por esto, tanto el concepto de Dirección Unificada y de Dominación – Dependencia se expresan a través del control: **Control Interno** (a través del voto) o **Control Externo** (a través de contratos o expedientes administrativos). Adicionalmente, se estudió de manera muy precisa los diferentes tipos de controles que forman parte de estos dos tipos de controles señalados líneas arriba, y que son: Dentro del **Control Interno**, se distingue entre el control totalitario, mayoritario, minoritario, a través de artificios legales y control administrativo o gerencial. En el control totalitario un ejemplo típico son las agrupaciones familiares; el control mayoritario se presenta cuando tienen

la mitad más uno, es decir, más un porcentaje que los hace mayoritarios; el control a través de artificios legales es cuando se ejercita el voto por la existencia de usufructos legales, compra de la mayoría de activos de la empresa o por la existencia de fideicomisos (fideicomisos de administración básicamente); el control minoritario es cuando se tiene el voto del accionista minoritario pero se desarrolla en base a la abstención, o a la no asistencia de los mayoritarios de las grandes corporaciones en las que con ocho, diez o quince por ciento se toman las decisiones porque simplemente los demás son más inversionistas que gestores, por lo tanto éstos no asisten a las juntas; y finalmente, el control administrativo o gerencial es cuando se celebra contratos de gerencia y que conlleva además a la representación de los accionistas de las empresas dominadas en la Junta de Accionistas.

Con relación al **control externo**, la Comisión estableció que básicamente se dan a través de contratos, como por ejemplo: ciertas sociedades en donde su situación económica y financiera es difícil y están en necesidad de emitir ciertos tipos de bonos, así la asamblea de bonistas o representantes de los obligacionistas asumen un rol muy importante en la toma de decisiones, etc. Sin embargo, en nuestro país no se da mucho de esto, pero en otros países sí, un poco que la gestión o las gestiones están subordinadas a la conducta previa que se tiene que hacer a las asambleas de bonistas.

QUINTO BLOQUE: LOS PELIGROS PRINCIPALES Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN.

Este quinto bloque es a mi entender el más controvertido o en su caso corresponde el tema medular de los bloques que estamos analizando, por cuanto al tratar dicho tema al interior de la Comisión sobre los peligros latentes así como los mecanismo de protección frente a la existencia de los grupos empresariales, se procedió enseguida a discutir sobre si era factible o no continuar con una búsqueda de regulación a los grupos de empresas.

Por ello, la Comisión al tratar estos temas visualizó de manera general algunos subtemas con relación al título del presente bloque y que a continuación pasaremos a describir de manera muy sucinta.

Por ejemplo, hablamos de los accionistas minoritarios, figura a la cual la doctrina los denomina socios externos (externos a la gestión del Grupo), son accionistas de las

empresas miembros del Grupo, pero son externos también porque no están cerca de los niveles de decisión.

Y, ¿Cuáles son los peligros principales respecto a los accionistas minoritarios?

Primero, los deslizamientos de beneficios o del activo social de una empresa a favor de otra (imputación de beneficios y pérdidas), es decir, se juegan maliciosamente con los beneficios y las pérdidas, se distribuyen en algunas veces caprichosamente y en otras con cierto fundamento los beneficios y eso conlleva a generar elevados costos, gastos y todo lo demás en el manejo de la contabilidad. **Segundo**, la ausencia de la información sobre la consistencia exacta del activo social sobre el cual el accionista posee derechos, es decir pueden subvaluarse activos pasivos por lo que es un serio peligro para los accionistas minoritarios que están al margen de la decisión.

Ahora bien, una vez discutidos al interior de la Comisión aquellos posibles peligros inmediatos que afronta todo accionista minoritario, es momento de señalar ¿Cuáles son esos mecanismos de protección en el Derecho Comparado?

Primero, el Derecho de Separación, se tipifica en que el accionista minoritario puede ejercer el Derecho de Separación y el Grupo tiene que reembolsarle el valor de su participación, o se puede, como en otros países realizar indemnizaciones a favor de los accionistas minoritarios, por encima del valor patrimonial de las acciones. **Segundo**, los dividendos mínimos es una forma de proteger al accionista minoritario. **Tercero**, o una compensación anual. **Cuarto**, intercambiar acciones de las empresas dominadas por acciones de las empresas dominantes, hacer por tanto, esa famosa operación u oferta de intercambio (darle al accionista minoritario acciones de la dominante en lugar de las acciones que tenía de las empresas dominadas). **Quinto**, dentro del ámbito penal, queda claro que entre los derechos que tienen los accionistas minoritarios para poder ejercer la vía penal es la facultad de realizar acciones de impugnación de acuerdos y por supuesto también las correspondientes acciones de responsabilidad. Y, **Sexto**, otro mecanismo de protección a los accionistas minoritarios es siempre el poder agrupar accionistas minoritarios con el propósito de que se inicien acciones de responsabilidad contra los directores y gerentes (esto quedaría sujeto a la Ley General de Sociedades).

SEXTO BLOQUE: DISCUSIÓN DEL TEMA DE GRUPOS

En éste último bloque, viene la discusión sobre muchos temas que engloban en sí la formación de grupos de empresas, o en su caso los factores que envuelven y explican la existencia de Grupos. A continuación procederemos a señalar en forma objetiva los temas e ideas que se discutieron, así como respuestas e interrogantes y que de alguna forma ayudaron a la Comisión a tomar una decisión a cerca de su futura regulación.

- Con relación al Grupo como sujeto de derecho, habría que tipificar a la persona de la sociedad dominante como al que se le impute los derechos y obligaciones. Entonces nos preguntamos, ¿Solamente a ella o también a las dominadas?
- En nuestra realidad, el sujeto de derechos se produce en cuanto exista; ya que habría en todo caso que constituir formalmente a la sociedad dominante, sin embargo también cabe la posibilidad a que a lo mejor exista esta sociedad dominante pero de hecho y no de derecho.
- Con relación a la problemática de los grupos, también hay que acotar que es a la vez un poco la problemática de la empresa, por cuanto la futura ley va atravesar todos los sectores de todas las ramas: problemáticas tributarias, de competencia, mercado de valores, problemáticas laborales, etc.
- Asimismo, se planteo la pregunta de ¿Qué es lo que puede quedar de ésta futura ley?, pues la respuesta de la Comisión fue la obligación de presentar un balance consolidado, así como también determinadas reglas, o en su caso algunas consideraciones que relativice el concepto de Responsabilidad Limitada.
- Se estableció, una primera premisa el cual es la de la responsabilidad solidaria entre las empresas del Grupo, sería pues importante esto tanto para el acreedor como para el trabajador.
- Otro problema que se presenta es la de reducción de los incentivos de diversificación en bolsa, generar carteras de inversiones depreciadas porque se genera acciones no homogéneas como consecuencia del Grupo de Control.
- El tema de la regulación bajo la modalidad de Contrato de Grupo es una figura muy interesante, ya que permite mediante una aprobación inicial de la Junta que un Grupo de Empresas vaya subsistir; y trae además consigo un problema y que sería la figura del conflicto de intereses. Por ejemplo: Si en una empresa “A” Tu eres el gerente y a la vez administras otra empresa “B” y quieres celebrar un

contrato que guarde vinculación entre estos y no puedes ya que es un tema de conflicto de intereses.

- Surge nuevamente la pregunta de ver si es conveniente o no de tener una ley, ya sea de manera independiente o con una modificación al orden sectorial.
- Se plantea, que la ley debería de ir por el lado de la regulación del Contrato de Grupo, y en donde se debería tratar temas como: i).- Los referidos a los conflictos de intereses, ii).- a los contratos ya sea en perjuicio o beneficio de las sociedades integrantes del Grupo y iii).- darle al accionista minoritario un derecho de separación frente a la aprobación de un Contrato de Grupo.

Surge con esto una limitación estatutaria interesante en relación a acuerdos de sociedades o acuerdo general, y esto es el Conflicto de Intereses, en donde el accionista no podría votar cuando tiene conflicto de intereses; es decir por ejemplo: si uno está aprobando el acuerdo de Grupo ahora, y además este como accionista tiene un interés de conflicto con el de la sociedad, lo que sucedería en este caso es que dicho interés se vería sometido de forma eventual, e igualmente arrastraría el hecho de someter el interés social al interés de Grupo (a un Grupo en que Tu como accionista eres también parte).

- Se planteó también la idea de dar una definición de carácter general a la figura de la Propiedad Indirecta, pero ¿Para qué efecto?. Se debatió éste tema, y se concluyó en que la Propiedad Indirecta tiene una distinta connotación a la que se da en la Ley de banca, en materia tributaria o a la que se tiene en Bolsa, en definitiva es muy diferente.
- Se discutió el tema de la Vinculación entre el acreedor y el deudor en la antigua Ley de Reestructuración Patrimonial, cuando por ejemplo van a votar en Junta, y en este caso los vinculados van a ser con el control aquí lo que preocupa es que hay gente que estaría votando por el saldo de liquidación, mas la gente que no vota por la forma como paga sino por como queda al margen. Es esta gente que supuestamente serían los accionistas de la empresa y puedan tomar un acuerdo de Reestructuración, cuando de repente lo mejor para cobrar sea líquido.
- Otro problema que se planteó son que las normas como la responsabilidad de los Grupos por todos los créditos puede ser desincentivadora.

- Con relación a los estados financieros consolidados hubo toda una discusión al respecto, por cuanto existen dos estados financieros y que son: el de la sociedad y el de los consolidados. En cuanto al de la sociedad lo que traduce son las operaciones que lleva esa sociedad, es decir el activo que tiene esa sociedad mas no el activo del Grupo, tiene los ingresos de la sociedad mas no los ingresos brutos del Grupo, así como los pasivos de la sociedad y no los pasivos del Grupo. En conclusión, uno puede pertenecer a un Grupo, refrescar dentro de la materia las diversas operaciones que tiene con el Grupo, pero eso sí sin ser un estado financiero consolidado, es decir no contiene todos los pasivos consolidados, etc. Sin embargo, tomando en consideración a las Normas Internacionales de Contabilidad en el estado financiero de la empresa sola y que es cabeza del Grupo sin consolidar, contablemente no tiene sentido. Por lo tanto, ese estado financiero deberá estar consolidado; sino está consolidado no se estaría reflejando la realidad no habría sinceramiento (transparencia) es decir, no estaría cumpliendo con su propósito.

Continuando con el análisis de los estados financieros consolidados se puso un ejemplo de juntas de accionistas y, en donde las discusiones se centran justamente sobre este tema. Aquí los mismos accionistas discuten en que no se pueden tomar decisiones en base a esos estados financieros consolidados, porque no se puede tomar el activo que formalmente está difundido en varias sociedades, pues lo que uno quiere saber es cuál es el activo de esta sociedad, cuál es el pasivo de esta sociedad por el principio de Responsabilidad Limitada. Adicionalmente se comentó un caso con la ley de sociedades anterior en donde un accionista exigía que le dieran una aclaración al balance del estado financiero de una subsidiaria, y en donde finalmente este perdió.

Asimismo, el accionista en relación a esos estados financieros consolidados se pregunta ¿para qué se van a presentar?, ¿para qué les sirven?; si no pueden tomar una decisión exacta, es decir si vas a votar sobre la aplicación de utilidades las del Grupo y no sobre dicha sociedad, si se va a votar sobre depreciación por inflación de cual sociedad, ¿De esta sociedad sobre disposición de activos?, etc. Pues, lo que uno quiere realmente saber es que esas acciones que tiene el accionista en el activo de la sociedad “B” o sociedad “C” o “D”, son acciones con cierto respaldo patrimonial ya que las tiene bajo un valor nominal

(porque esta en Bolsa). Pero, luego éstas sociedades “B”, “C” y “D” que las tienen como parte del Grupo realmente valen lo que valen o tienen un valor contable menor o son sociedades de papel, quizás para esto sirva los estados financieros, para ser un documento aparte, es decir adquiriera la condición de ser un documento referencial.

Como se puede apreciar de los bloques estudiados, el debate sobre si era factible regular o no los grupos empresariales en el País fue muy importante, porque no solo se discutía la dación de una nueva norma o la inclusión o modificación a algunas ya existentes, sino que se debatía desde un aspecto amplio del Derecho, es decir que involucraba a varias ramas del derecho y como son: el Derecho Laboral, el Derecho de la Competencia, el Derecho Concursal, el Derecho Societario, el Derecho Tributario, el Derecho Bancario, el Derecho Registral y el Mercado de Valores. Por esto, es muy interesante el tema de los Grupos de Sociedades, porque como hemos dicho anteriormente nos encontramos frente a lo que doctrina considera a una “Empresa Policorporativa”, el mismo que contiene: una propia estructura, un propio funcionamiento y sobre todo un manejo muy interesante, que hace que dicha figura sea especial y a la vez estudiada en muchos países buscando una regulación acorde con su realidad.

Por ello, en aquella oportunidad discutimos el mecanismo de trabajo¹⁷ y la manera de ¿Cómo podríamos regular a los grupos empresariales en el País?. Sin embargo, conforme la Comisión iba abordando y estudiando el tema (en virtud de los bloques tratados anteriormente), y contando con el apoyo de especialistas tanto de instituciones del Estado como de prestigiosos Estudios de Abogados, llegábamos a la conclusión que, no podía ser factible dar una ley marco de grupo de empresas, ya que se tendría que colocar o juntar en un mismo sitio no solo a las diferentes formas societarias existentes en la ley general de sociedades sino también a las diferentes formas de constitución de empresas como por ejemplo una EIRL, entre otros. Por esto, cuando nos referimos al término de empresa, pues nos estamos refiriendo a la gama de posibilidades que existen para constituir empresa como por ejemplo: una empresa puede ser la del caso en que aquellas personas que pertenecen a una Iglesia y que trabajan para solventar sus gastos

¹⁷ Hundskopf, Exebio “El Contrato de Grupo. Razones para regular los Grupos de Empresas bajo un Contrato”. Ver en: Revista de Derecho Ius Et Praxis. N° 31. Lima, Perú. Enero – Diciembre 2000. Pág. 113. En donde dicho autor hace una reseña de cómo se efectuó el trabajo al interior de la Comisión encargada para elaborar el Anteproyecto de Ley de Grupos de Empresas y las razones que llevaron a tomar la decisión de regular la figura de Grupos bajo un Contrato.

en la elaboración de dulces para que con lo ganado pueda repartirlo entre los pobres o hacer obras sociales, etc. Entonces, el término empresa implica la conjunción de factores humanos y factores económicos en la consecución de un objetivo. Asimismo, debemos señalar que se divide en: empresas con fines de lucro (en donde están las sociedades) y las empresas sin fines de lucro (en donde están por ejemplo las asociaciones). Es en virtud a todo esto que, la Comisión pudo apreciar dicha disyuntiva y optó convenientemente el reducir a una regulación más específica y esta es: el regular sólo a los grupos de sociedades. Y ¿Cuáles fueron entonces los caminos a regular?, pues fueron sólo dos los caminos o mecanismos que existían para regular a los grupos en nuestro país y que eran: hacerlo bajo un modelo contractual, o mediante la Unificación de Normas.

Sin embargo, llega el momento de tomar una decisión al respecto, y para ello consideramos que, el mejor modelo de regular a los grupos de sociedades y que se adecuaría a la realidad peruana y cuya base se encuentra sustentada de alguna manera en la legislación alemana, y con unos destellos de la legislación española, era hacerlo mediante la modalidad contractual.

En conclusión, una vez descrito los hechos más importantes que se dieron y se debatieron en la Comisión formada por el Ministerio de Justicia, para legislar en materia de Grupos Empresariales, y habiendo dado una visión global acerca de los principales problemas y elementos que envuelven a los Grupos de Sociedades, se puede llegar a la conclusión de que **efectivamente**, existen suficientes razones de peso como para poder de alguna manera formalizar y regular a los grupos empresariales en nuestro país a través de 4 modalidades: i).- Mediante un Contrato de Grupo, ii).- Mediante el análisis netamente societario – comercial de la naturaleza del Grupo, iii).- Mediante una Ley AD-HOC, es decir atomizar la regulación dispersa y dar una ley única independiente, y iv).- Proponiendo la inclusión de una norma referido a los grupos empresariales en un Sector determinado, en donde la actividad económica tenga mayor presencia; y esto es en la Actividad Estatal a través de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, actividad en donde diferentes países han iniciado su regulación casos como son de Brasil y Panamá; o tal vez desde el punto de vista de la protección de los trabajadores (Ministerio de Trabajo) y que actualmente se viene discutiendo dicha Ley General del Trabajo.

2.2. De la Naturaleza Jurídica del Grupo

2.2.1. El Grupo como figura carente de personalidad jurídica.

Cuando hablamos de Grupo de Sociedades nos estamos refiriendo a una mega sociedad, es decir a una estructura societaria compleja o en su caso como hemos mencionado anteriormente a una empresa Policorporativa. Por tanto, al hablar de Grupo, no nos referimos a una sociedad, nos referimos a un conjunto de sociedades al cual en el caso peruano no tiene regulación alguna, por lo que no podríamos decir que carezca de personalidad jurídica o si. Sin embargo, gran parte de la doctrina está de acuerdo en no otorgar personalidad jurídica, como es el caso de la legislación francesa y en la cual si queremos inclinarnos para una regulación, podríamos tomar dicha concepción.

Un grupo, no tiene en sí capacidad para poder realizar ya sean actos jurídicos ni judiciales (como Grupo), ya que se trata de un sistema de organización empresarial, mas no de una persona jurídica. En cambio, son las sociedades quienes conforman el grupo las que se encuentran atribuidas con plena capacidad jurídica.

2.2.2. La independencia jurídica de las sociedades que conforman el Grupo.

Cuando hablamos de independencia de una sociedad nos referimos a la existencia de una personalidad jurídica propia de esa sociedad es decir, que se van a regir por sus propias facultades contenidas en sus estatutos y pacto social. Pues bien, cuando hablamos de grupo es aquí en donde cabe una situación paradójica es decir, hablaremos tanto de independencia jurídica como de independencia económica.

Por ejemplo, este evento paradójico se experimenta no sólo en la legislación francesa sino también en la Legislación de otros países (es el caso de Alemania, España). Por un lado, existe entre las sociedades del grupo no sólo una dependencia de tinte económico (el mismo que queda materializado a través del control accionario con derecho a voto), en donde gracias a esas acciones se ejerce un poder de decisión sobre éstas trayendo consigo también el ejercicio de un poder político (a través de la elección de los administradores de la sociedades dominadas), así como también la existencia de vinculaciones a través de un tercero para poder tomar el control accionario de una sociedad. Y por otro lado, se da la existencia de que cada sociedad del grupo goza de una personalidad jurídica propia es decir, dichas sociedades son independientes y no

*responden por los actos de las otras sociedades integrantes del grupo*¹⁸. Es por esto, que cada una de las sociedades gozan de independencia jurídica frente al grupo. Sin embargo, guarda estrecha relación con éste punto temas muy interesantes como son: el interés del grupo e interés social (cada sociedad), así como también la teoría de la apariencia, éstos últimos temas los abordaremos más adelante en el punto relacionado con el funcionamiento en sí de los grupos de sociedades.

2.3. La Formación de los Grupos de Sociedades

Se reconoce la existencia de un Grupo de Sociedades, desde el momento en que una empresa ejerce una dominación o un control sobre una o varias empresas. Hay que recordar que la dominación se encuentra a nivel de la creación del Grupo, así como a través de la multiplicidad de estructuras del grupo esto es, a través de la respectiva coordinación en su funcionamiento y organización estructural.

2.3.1. ¿Cómo crear un grupo de sociedades?

Un grupo de sociedades se crea hoy en día mediante los mecanismos que existen en el derecho de sociedades. Solo a título de dar una visión general acerca de lo que trata esto, abordaremos los Grupos creados mediante contrato y mediante participación, siendo los mecanismos más cercanos para poder dar una normativa acorde con nuestra realidad en materia de grupos empresariales.

2.3.1.1. Creación por mecanismos contractuales.

Como ya lo hemos señalado anteriormente en las clasificaciones: i).- Basadas en factores o criterios económicos, en donde las empresas firman un convenio por el cual ponen en

¹⁸ En la legislación francesa se puede apreciar que por más que una sociedad matriz domine y decida sobre los actos de su filial, aquella no será responsable. Sólo la filial responde por sus actos. Si por ejemplo una filial está endeudada, su matriz no pagará por ella debido a que cada sociedad tiene su propia personalidad. Sin embargo, cabe destacar que hay jurisprudencia francesa en donde ha despojado a las sociedades de esta independencia jurídica responsabilizando a una sociedad por los actos cometidos por otra sociedad del mismo grupo. Cabe mencionar, que actualmente el Informe Winter de fecha 04 de Noviembre de 2002, trata sobre el tema de la responsabilidad con relación a los acreedores y accionistas minoritarios. De igual modo, es también conveniente dictar medidas de protección en el ámbito de protección a los trabajadores. En conclusión todos estos temas son sumamente importantes en el desarrollo del funcionamiento de los grupos y que serán analizados en su debido momento.

común sus medios de producción en un mismo sector de actividad, ii).- En las Clasificaciones basadas en factores o criterios jurídicos, y iii).- En lo expuesto en la Comisión formada para la elaboración del anteproyecto de ley de Grupos Empresariales; podemos decir que los grupos contractuales se fundan principalmente en la existencia de un contrato y que proporciona a una de las partes a influenciar sobre las decisiones de las otras empresas integrantes del grupo.

Existen otras formas también en donde las empresas conformaran un grupo de forma contractual para la realización de un proyecto y que puede ser de coordinación. Sin embargo, para el caso de regulación de grupos lo común que se presenta es el de afiliación¹⁹ (Un ejem. en este caso es el de la agrupación de interés económico del derecho francés²⁰) y de dominación (Un ejem. es el contrato de dominación alemán). Adicionalmente, siguiendo con el objeto de la realización de un proyecto, vemos que una de las empresas será la designada como empresa piloto, la cual será el mandatario de las otras empresas en la ejecución de dicho proyecto. Este contrato, como se puede apreciar no genera la creación de una sociedad de hecho por la falta de affectio societatis, en donde cada parte es responsable de sus propias obligaciones. (Dictionnaire Permanent Du Droit Des Affaires. 1998, p. 2497)

En el derecho francés también utilizan mucho el contrato de sub-contratación²¹. Por este acuerdo una sociedad delega una parte de la realización de su producción a un sub-contratante en el mismo país o en el extranjero. El sub-contratante se encontrará bajo la dependencia económica de la empresa de la cual recibe sus órdenes

En conclusión, si bien el lazo o relación contractual puede crear un grupo, la vía societaria o participacional, se constituye sin embargo en el instrumento capital de la constitución del grupo.

¹⁹ AFILIACIÓN.- Juntar, unir; asociar una persona a otras que forman corporación o sociedad. Ver en: Diccionario Enciclopédico Ilustrado Sopena. Tomo 1. Editorial Ramon Sopena S.A. Barcelona, España. Pág.94

²⁰ Art. L. 251 – 1.- Dos o varias personas físicas o jurídicas podrán constituir entre ellas una agrupación de interés económico con una duración determinada. La finalidad de la agrupación será facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros y mejorar o incrementar los resultados de esta actividad. No será la consecución de beneficios en sí misma. Su actividad deberá estar ligada a la actividad económica de sus miembros y solo podrán tener un carácter auxiliar con relación a ésta. Ver en: Código De Comercio Frances. Título V. De las Agrupaciones de Interés Económico.

²¹ Revista De Derecho Vox Juris. N° 09. Universidad San Martín de Porres. Lima, Perú. Pág. 31.

2.3.1.2. Creación por mecanismos societarios: el control mediante la toma de participaciones

De igual manera, como ya lo hemos señalado antes en los puntos: i).- Clasificación basada en factores o criterios jurídicos y ii).- Lo expuesto por la Comisión formada por el Ministerio de Justicia para elaborar un Anteproyecto de Ley de Grupos de Empresas; podemos simplificar en que existe dicho Grupo desde el momento o el instante en que una sociedad controla a otra sociedad. El control se realiza, pues mediante la toma de participaciones regulada por la ley francesa²². En conclusión, hay Grupo cuando una sociedad toma acciones con derecho a voto o (el mecanismo que hace las veces de derecho a voto como por ejemplo: bonos convertibles en acciones) en el capital de otra y adquiere el control.

Siguiendo con el análisis del Grupo mediante la modalidad participacional, tomaremos como punto de referencia lo concerniente a lo regulado por el Código de Comercio Francés, ya que dicha norma es la que mejor regula éste tipo de Grupos.

A) La Adquisición de Participaciones.

La toma de participaciones en la ley francesa, tal como lo señala Merle Dalloz en su obra *Droit des Sociétés*, consiste en la adquisición de una parte del capital es decir, de acciones o partes sociales de una sociedad. Existen dos artículos del Código de Comercio Francés que precisan lo anteriormente descrito que son los siguientes: “Cuando una sociedad posea más de la mitad del capital de otra sociedad, la segunda será considerada como filial de la primera, para la aplicación del presente capítulo” (Art. L. 233 – 1), y, “Cuando una sociedad posea en otra sociedad una fracción del capital comprendida entre el 10% y el 50%, la primera será considerada como poseedora de una participación en la segunda, para la aplicación del presente capítulo” (Art. L. 233 – 2).

Sin embargo, una sociedad que desee tomar participaciones en otra sociedad, tiene dos formas u opciones para realizar esto:

- i).- Mediante la constitución de otra sociedad, y adquiriendo en esta parte de su capital social que le dé el poder de decisión, o el poder de control; y

²² Ver en: Código De Comercio Francés

ii).- Mediante la toma de participaciones en una sociedad que se encuentre ya constituida.

Pero, de ¿Qué participaciones estamos hablando?, hablamos de participaciones que te den derecho a voto tales como: una cesión de derechos, de la adquisición de acciones en bolsa, la de suscripción de acciones al momento de darse un aumento de capital de una sociedad, de la escisión, de la reorganización societaria, de la adquisición parcial o mayoritario de activos de otra sociedad, etc.

Como verán estos mecanismos de adquisición de participación tendrán que ver con el objeto mismo y que es la toma de control en vías de conformar un Grupo, pues con el simple hecho de adquirir el control de otra empresa se da simultáneamente a la vez la existencia de un Grupo.

B) Del Control.

De igual forma como ya lo hemos señalado en el punto de la Concentración Empresarial, así como en lo desarrollado por la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Grupos de Empresas, el tema del control pasa por una forma de apropiación no solo de los bienes de la sociedad a adquirir sino que lo más importante pasa por apropiarse, por controlar a los órganos de dirección es decir, a ejercer el poder de decisión en dicha sociedad.

Por ello, el control mediante la toma de participaciones significa en realidad la posibilidad de tener el poder de decisión en una sociedad gracias a sus acciones es decir, dichas acciones son las que dan derecho a voto en la junta de accionistas. Sin embargo, en la doctrina se habla de muchas clases de Controles, como por ejemplo: Control Interno y Control Externo, dentro de estos están el control totalitario, mayoritario, minoritario y administrativo; asimismo, se habla de control exclusivo y control conjunto; y por último también se habla de control de derecho, control de hecho, así como la participación indirecta.

La ley francesa distingue el control de derecho y el control de hecho en su artículo L. 233 – 3 del Código de Comercio Francés y en donde dice:

Artículo L. 233 – 3.- Modificado por la Ley N° 2001 – 420 del 15 de mayo de 2001
Artículo I 20 (Diario Oficial del 16 de mayo de 2001)

I.- Se considerará que una sociedad controla a otra, para la aplicación de las normas contenidas en las secciones 2 y 4 del presente capítulo:

1° Cuando posea directa o indirectamente una fracción del capital que le confiera la mayoría de los derechos de voto en las juntas generales de esta sociedad.

(Control de Derecho)

2° Cuando disponga por sí misma de la mayoría de los derechos de voto en esta sociedad en virtud de un acuerdo firmado con otras sociedades o accionistas y que no sea contrario al interés de la sociedad; (Control de Derecho)

3° Cuando tenga el Control de Hecho sobre las decisiones en las juntas generales de esta sociedad, debido a los derechos de voto de los que disponga. (Es decir poco importa el monto de las acciones adquiridas) (Control de Hecho)

II.- Se presumirá que ejerce este control cuando disponga directa o indirectamente, de un porcentaje de los derechos de voto superior al 40% siempre y cuando ningún otro socio o accionista posea directa o indirectamente un porcentaje superior al suyo.

(Presunción de Control)

III.- Para la aplicación de las mismas secciones del presente capítulo, se considerará que dos o varias sociedades que actúen de modo concertado controlarán conjuntamente a otra cuando tengan el control de hecho de las decisiones tomadas en las juntas generales de esta última, en el marco de un acuerdo tomado para adoptar una política común. (Control Conjunto).

Adicionalmente, la misma ley distingue también al control exclusivo y control conjunto así como también hace referencia a la Influencia Notable reguladas dentro de la Sección de las Cuentas Consolidadas Artículo L. 233 – 16.

Finalmente, cuando se habla de Participación Indirecta, nos referimos cuando una sociedad tiene participaciones en otra sociedad gracias a una sociedad intermedia que ella controla, o en casos que el control incluso obedezca a grado de vinculación existente. Por citar un ejemplo: Sociedad “A” tiene el 50% de la sociedad “B” y ésta tiene el 50% de la Sociedad “C”. Por tanto, la sociedad “A” tiene indirectamente participaciones en la sociedad “C”.

C) De la Información.

Como vemos la información es un evento muy importante al momento de conformar un Grupo, no obstante es que el derecho francés en sus Artículos L. 233 – 6 al L. 233- 15, resalta los puntos más importantes y a la vez interesantes que deben de realizar las sociedades integrantes del Grupo. Como son:

- i).- La obligación de que a partir de una tasa de toma de participación del 5%, la sociedad que realiza la operación informe a la sociedad interesada sobre el monto de la participación. Lo mismo sucede, cuando se haya asegurado el control de dicha sociedad. Dicho informe podrá ser incluido en el informe de gestión del Grupo citado en el artículo L 233 – 26 (De las cuentas Consolidadas).
- ii).- Lo mismo ocurre cuando una sociedad adquiere más del porcentaje de acciones con derecho a voto cotizables en el mercado, el mismo que es establecido por el Consejo de Mercados Financieros, en éste caso la sociedad estará obligada a lanzar una oferta pública sobre el resto de las acciones.
- iii).- Asimismo, tendrán el mismo tratamiento que las acciones o a los derechos de voto poseídos por la persona obligada a la información prevista en el primer párrafo del artículo L. 233 – 7:
 - 1° Las acciones o los derechos de votos poseídos por otras personas por cuenta de esa persona;
 - 2° Las acciones o los derechos de voto poseídos por las sociedades que controle esa persona en el sentido del artículo L. 233 – 3:
 - 3° Las acciones o los derechos de voto poseídos por un tercero con quien esta persona se haya unido para actuar conjuntamente;
 - 4° Las acciones o los derechos de voto que esta persona o una de las personas mencionadas en los apartados 1° al 3° anteriores tenga derecho a adquirir por su propia iniciativa o en virtud de un acuerdo
- iv).- I.- Se considerará que actúan conjuntamente las personas que hayan firmado un acuerdo para adquirir o vender derechos de voto o con vistas a ejercer derechos de voto con el fin de poner en práctica una política común con relación a la sociedad.

II.- Se presume existente tal acuerdo:

1º Entre una sociedad, el presidente de su consejo de administración y sus directivos generales o los miembros de su directorio o sus gerentes;

2º Entre una sociedad y las sociedades que controle en el sentido del artículo 233 – 3;

3º Entre sociedades controladas por la misma o las mismas personas;

4º Entre los socios de una sociedad por acciones simple con relación a sociedades que ésta controle.

III.- Las personas que actúen conjuntamente estarán obligadas de forma solidaria al cumplimiento de lo que dispongan las leyes y reglamentos.

v).- Cuando una sociedad esté controlada directa o indirectamente por una sociedad por acciones, aquella notificará a ésta última y a cada una de las sociedades que participen en este control el importe de las participaciones que posea directa o indirectamente en su capital respectivo así como las variaciones de este importe.

Las notificaciones se harán en el plazo de un mes a contar, o bien desde el día en que la sociedad haya conocido la toma de control para los títulos que poseía antes de esa fecha, o bien desde el día de la operación para las adquisiciones o enajenaciones posteriores.

vi).- El consejo de administración, el directorio o el gerente de cualquier sociedad que tenga filiales o participaciones, adjuntará un cuadro al balance de la sociedad en el que mostrará la situación de dichas filiales y participaciones.

Como se puede apreciar, la finalidad de dar la información relacionada con las operaciones que puedan darse al interior del Grupo o que puedan señalar la existencia de un Grupo, es la de

informar al público en general sobre la configuración del Grupo, no solo a los accionistas, sino también este público puede estar integrado por la Comisión de Supervisión de Valores, acreedores o personas interesadas al mismo – público en general. De este modo, se sabrá quien o quienes manejan las riendas de la sociedad.

D).- De las Cuentas Consolidadas.-

Cuando hablamos de las cuentas consolidadas, nos referimos a un punto muy importante en la regulación materia de Grupos, y es que todas las sociedades deben de presentar sus estados financieros el mismo que contiene (el balance general y el estado de ganancias y pérdidas), para poder supervisar de alguna manera la marcha de la sociedad. Pero, y ¿Cómo sería en el caso de los Grupos de Sociedades?, en este caso se presentarían los estados financieros consolidados. Esto quiere decir que no sólo aquellas empresas que cotizan en Bolsa van a ser las obligadas a presentarlas sino también todas aquellas que se sujetan a la formación de un Grupo. El Código de Comercio Francés lo regula en los Artículos L. 233 – 16 al L. 233 – 28, dichos articulados han sido muy bien regulados al igual que en el Código de Comercio Español en sus Artículos 42º y sgtes. y sobre todo lo más importante es que se encuentran bien relacionados con los principios de Gobierno Corporativo Europeo. Asimismo, guarda una estrecha relación con la parte de la Información explicada anteriormente.

E).- De las Participaciones Recíprocas.-

Hablamos de participaciones recíprocas cuando una sociedad por acciones no podrá poseer acciones de otra sociedad si esta última tiene más del 10% del capital de la primera. Dichas participaciones recíprocas anteriormente denominadas participaciones cruzadas, se encuentran reguladas en los Artículos L. 233 – 29 al L. 233 – 31 del Código de Comercio Francés.

Como se puede observar hemos procedido a dar un análisis compacto acerca de la legislación francesa que a nuestro entender es la que mejor regula en materia de control a los grupos de sociedades. Por tanto, si bien hemos señalado anteriormente que existe Grupo desde el momento en que hay control de una

sociedad por otra; sin embargo dicha existencia de Grupo va más allá, es decir obedece a una complejidad de las *participaciones y de las estructuras*²³ que envuelven a dicha figura jurídica.

2.3.2. De la Estructura de los Grupos

Este tema ha sido desarrollado anteriormente en el Capítulo I correspondiente a la Clasificación de los Grupos basadas en factores o criterios jurídicos. En esta ocasión lo que trataremos de hacer es diagramar las diferentes estructuras que pueden conformar un Grupo. Por esto, como podemos ver el Grupo se caracteriza por su diversidad. Por ejemplo: un empresario propietario de un local y de una maquinaria industrial puede crear un grupo pequeño constituyendo para ello una sociedad que alquilará dicho inmueble a otra sociedad que será la propietaria de la maquinaria. Como se puede apreciar, dicha separación tendrá como objetivo principal el *aislar los bienes*.

Adicionalmente, cabe recordar que los grupos pueden tomar una variedad de formas como ya lo hemos señalado anteriormente en el Capítulo I del presente trabajo de investigación. Sin embargo, optaremos por lo que la mayoría de especialistas y doctrinarios en Derecho suelen proponer, los mismos que son:

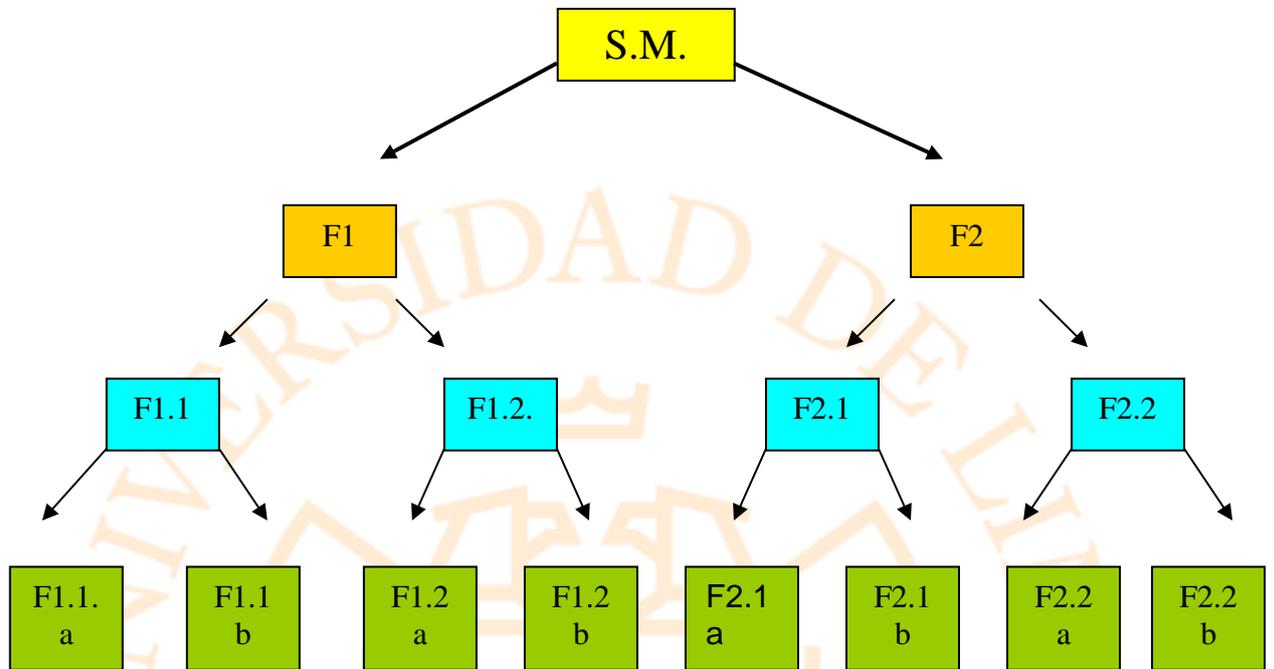
S.M. : Sociedad Matriz

F.: Filial

²³ Para mayor información Ver en: Hundskopf, E. Derecho Comercial. Temas Societarios. Tomo III. Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima. 1era. Edición. Lima, Perú. 2000. Págs. 256 - 258

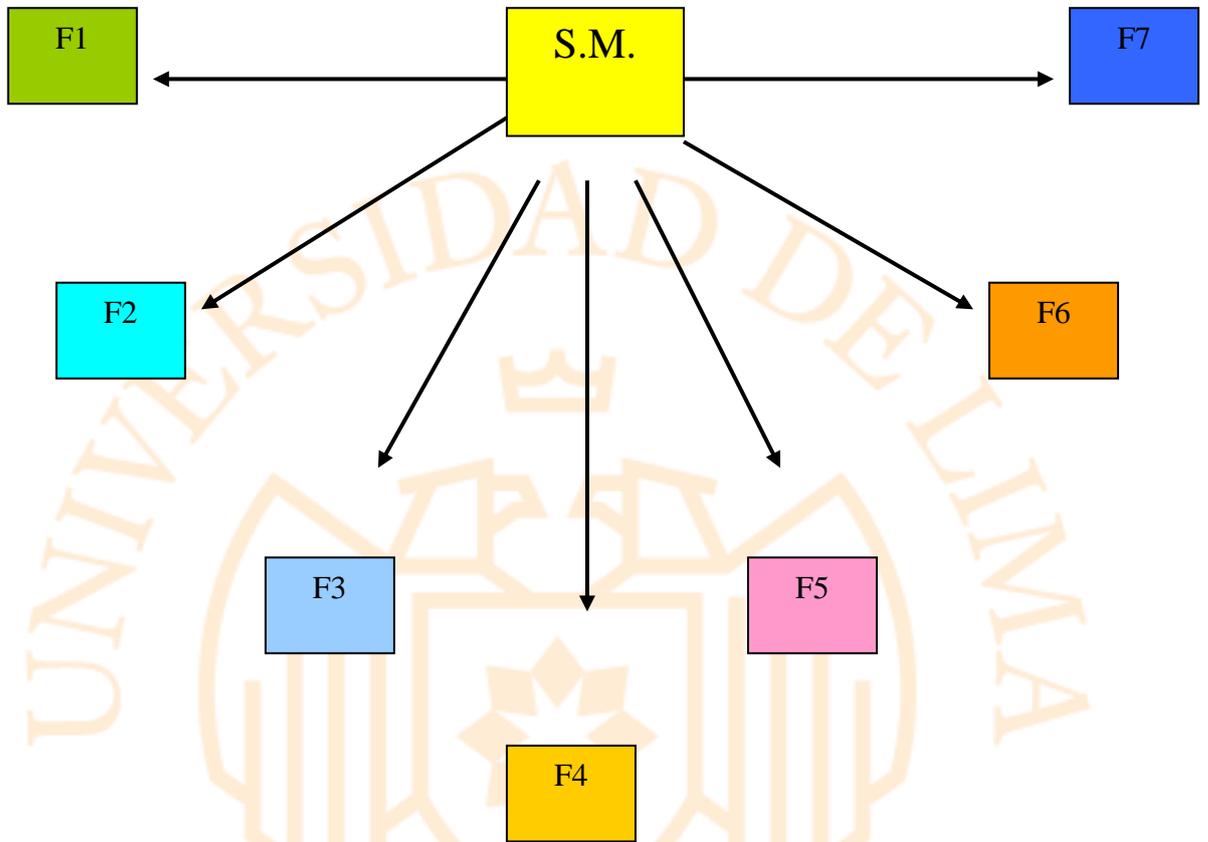
2.3.2.1. La Estructura Piramidal.

Figura 2.1.



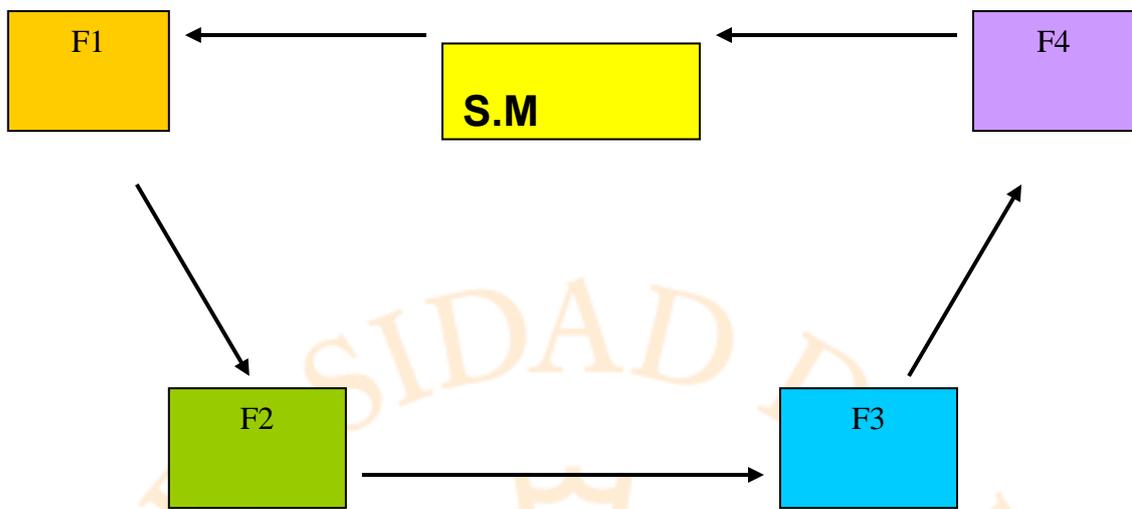
2.3.2.2. La Estructura Radial.

Figura 2.2:



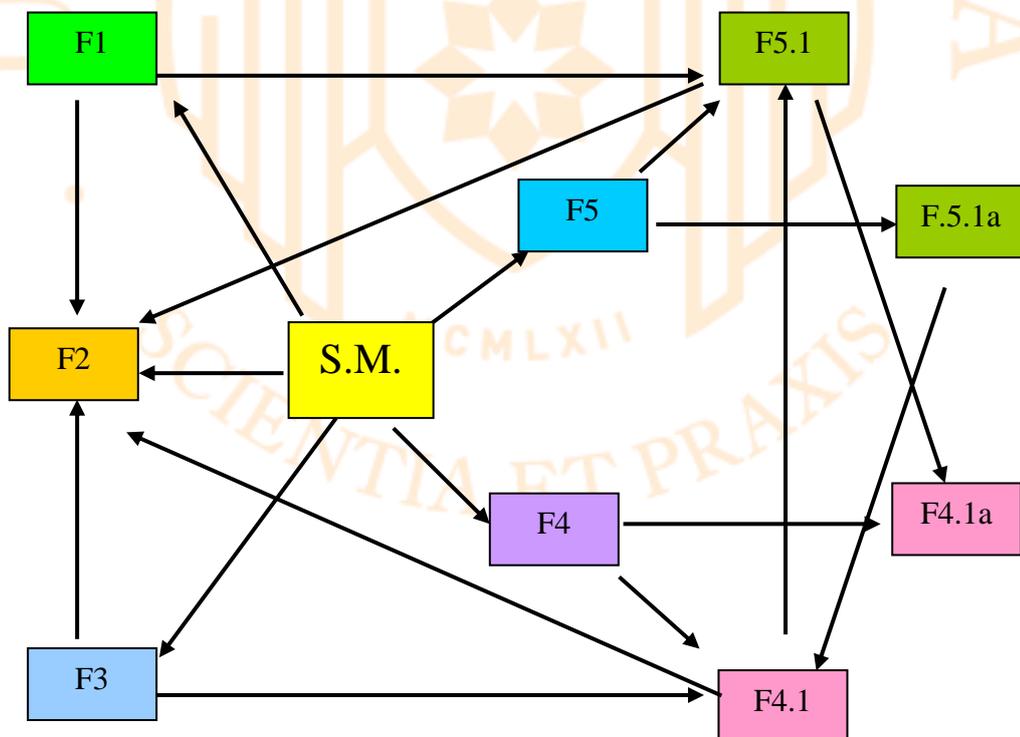
2.3.2.3. La Estructura Circular

Figura 2.3



2.3.2.4.- La Estructura Compleja

Figura 2.4:



Como se puede apreciar en la mayoría de los casos la sociedad matriz o sociedad dominante llamada también sociedad Holding vendría a ser la encargada de administrar las acciones a las distintas sociedades dependientes o filiales que la compone.

Cuando hemos estudiado a los Grupos Internacionales en el capítulo de la Clasificación, vemos pues que la matriz generalmente se encuentra en un País con una imposición tributaria favorable, accesible y respetable, o en su caso en un País en donde los convenios internacionales en materia tributaria sean muy favorables para ella.

Por tanto, una vez visto la creación, los elementos, así como algunos factores de índole problemático que se presentan al momento de la formación de un Grupo, pasaremos a continuación al estudio del funcionamiento *in situ* del Grupo.

2.4. El Funcionamiento de los Grupos de Sociedades.

Reconocer la existencia de Grupos de Sociedades significa no solo el reconocer la existencia de una relación entre sociedades por acciones sino también, la existencia de diferentes relaciones con los trabajadores, empresarios, accionistas, acreedores y terceros.

Sin embargo, es el derecho francés que ha podido ordenar la figura de los grupos de sociedades en virtud de los diferentes intereses que conlleva a su formación. Por ello, la relación que tiene los accionistas frente al grupo, los intereses afectados como son la de los acreedores y terceros, así como la relación laboral existente al interior del grupo, pues todos estos acontecimientos el derecho francés ha podido regularlos en forma ordenada con el propósito de poder hacer más transparente la idea de concebir la existencia de un Grupo.

Asimismo, si el legislador peruano se encaminara a la realización de una regulación especial del grupo deberá de tener en cuenta primero: el concepto de Control, segundo: los intereses que a nuestro entender convocan más expectativa y que son: protección del accionista minoritario, Derecho de separación, responsabilidad, protección a los acreedores, entre otros; y tercero: la búsqueda de un concepto claro o en su caso una presunción a cerca de los que significa grupo de sociedades, esto último porque no solo le da la normativa nacional un concepto de Grupo Económico, sino también porque inclusive el Proyecto de Ley General de Trabajo de 2004, le busca un concepto a la figura de Grupo de Empresas esto con relación a la presunción de existencia de vinculación entre las diferentes empresas que conforman el Grupo y su relación con la protección del trabajador.

2.4.1. Búsqueda de una Definición de Control

La futura ley de grupos de sociedades debe de incorporar necesariamente los conceptos de control y grupos de sociedades. Esto en virtud de que actualmente existe en el Perú una variedad de normas que tratan de dar una definición exacta a lo que es control las mismas que se encuentran segmentadas en diversos sectores de nuestro ámbito legislativo nacional²⁴, los mismos que también guardan una estrecha relación con la normativa extranjera²⁵. Por ello, como hemos podido apreciar, es fundamental conceptualizar la figura de Control y con ello evitar la diversificación conceptual sectorial existente en nuestro país. Por tanto, esta figura dejó de ser desconocida para el Derecho y ser finalmente reconocida por el Derecho Societario a través de los numerosos estudios de reconocidos profesionales y doctrinarios a nivel tanto nacional como extranjeros.

²⁴ Ver: Artículo 5° del Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico, aprobado por Resolución CONASEV N° 722-1997-EF/94.10 publicado el 29.11.1997, concordado con el Artículo 1° mediante el cual Precisan conceptos del Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico aprobado por Resolución CONASEV N° 00009-2002-EF/94.10. Asimismo, Ver también: Artículo 9° de las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, aprobado por Resolución SBS N° 445-2000, entrando en vigencia el 01 de julio de 2000 y ver la definición dada por INDECOPI mediante Resolución N° 012-99-INDECOPI/CLC en donde define “El “control” es la influencia preponderante y continua sobre los órganos de decisión de una persona jurídica, lo que implica una posición que prima dentro de una empresa sobre la opinión de los demás accionistas y que, además, lo puede hacer continuamente en el tiempo. Dicha influencia puede ejercerse sobre las decisiones estratégicas que se adoptan en la junta general de accionistas, el directorio e incluso a través de las principales gerencias”.

²⁵ Ver por ejemplo: Artículo 5° de las Normas sobre Ofertas Públicas de Adquisición, de Intercambio y Toma de Control de Sociedades que hacen Oferta Pública de Acciones y otros Derechos sobre la misma, aprobado por Resolución N° 220-2000 de la Comisión Nacional de Valores de **Venezuela**; Artículo 89° de la Ley sobre Sociedades Anónimas **Chilena**, Ley N° 18.046 y que a la letra dice: “Las operaciones entre sociedades coligadas, entre la matriz y sus filiales, las de éstas últimas entre sí, o con las coligadas, y las que efectúe una sociedad anónima abierta, ya sea directamente o a través de otras entidades pertenecientes a su grupo empresarial, con sus personas relacionadas, definidas en la ley No. 18.045, deberán observar condiciones de equidad, similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado. Los administradores de una y otras serán responsables de las pérdidas o perjuicios que pudieren causar a la sociedad que administren por operaciones hechas con infracción a este artículo. También se aplicará lo dispuesto en este artículo, aun cuando la matriz o la coligante, en su caso, no fuere una sociedad anónima” y Artículos 97°, 98° y 99° de la Ley de Mercado de Valores **Chilena**, Ley N° 18.045; **En Europa** ya hemos analizado a través de la **legislación francesa** señalada anteriormente en el desarrollo del Capítulo II, sin embargo citaremos lo concerniente a una Propuesta reciente dada por la Comisión Europea desde el punto de vista del Control de Concentraciones y que se llama: **Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas**, COM (2002) 711 final – 2002/0296(CNS), (2003/C20/06), publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 28.01.2003, y que en su Artículo 3° punto 2 señala “El control resultará de los derechos, contratos u otros medios, que por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa; se trata, en particular: a).- De los derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa; y b).- De los derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa”. Y, finalmente en los Artículo N° 01 de la Ley de Mercado de Valores de **Panamá**, aprobado por Decreto Ley N° 01/1999 en donde define los conceptos de Afiliada y Control.

La presencia de un bloque controlador en este grupo societario, así como la de los accionistas minoritarios (socios externos), es actualmente una verdad que no se puede negar y que definitivamente se encuentran en la mayoría de las sociedades anónimas. Sin embargo, este vacío que se presenta en nuestra legislación societaria tiene una razón y es que dicha figura presenta una serie de dificultades a nivel mundial y que el Derecho deberá de resolver en un futuro inmediato.

Tanto los accionistas mayoritarios como los minoritarios se encuentran en posiciones diferentes frente a la sociedad, los primeros como posibles controladores, es decir mediante el reconocimiento de un bloque controlador y los segundos como posibles afectados, es decir las consecuencias jurídicas que se darán a través del ejercicio del control por parte de los primeros; por ello la figura que va a ayudar a determinar estas diferenciaciones o esta segmentación será a través de una definición propia de la figura de control.

La definición de control deberá de abarcar la capacidad (normalmente mediante la participación accionaria) de dirigir las actividades de las otras sociedades en las cuales ella controle. Sin embargo, también pueden surgir disposiciones tales como: 1).- Las estatutarias, emanadas estatutos y pacto social; 2).- Contractuales, a través de los contratos y 3).- Una combinación de todas éstas.

Finalmente, tal como describe el Informe Winter²⁶ en su CHAPTER V – Grupos y Pirámides con relación al Control de sociedades señala:

Un grupo piramidal puede ser definido como una estructura grupal caracterizado por una cadena más o menos larga de control usando varias empresas holding. Los últimos accionistas que controlan cada compañía en la cadena por mayoría o controlado por intereses minoritarios, dejando a los accionistas minoritarios en su respectivo nivel. El resultado es que los accionistas finales puedan controlar toda la cadena e incluyendo la empresa que se encuentra en la parte final de una inversión total pequeña. Si, por ejemplo, el último accionista quisiera obtener el 50% en cada nivel, en una cadena de seis empresas incluyendo la empresa que se encuentra en la parte final, solamente una inversión total dada por el último inversor equivalente a 1.56% del capital de la empresa final se le exigirá tener todo el control sobre la cadena total. Este efecto es creado teniendo accionistas minoritarios en cada nivel financiado por el interés controlador del último

²⁶ REPORT OF THE HIGH LEVEL GROUP OF COMPANY LAW EXPERTS ON A MODERN REGULATORY FRAMEWORK FOR COMPANY LAW IN EUROPE, present in Brussels, 4 November 2002. Se le denomina a éste informe como el INFORME WINTER.

accionista en el más bajo nivel. Para facilitar éste orden, a menudo un número de empresas en la pirámide tendrán que separar sus existencias canjeando sus listados.²⁷

Como se puede apreciar, el Informe Winter considera a los grupos desde una base piramidal en donde el control se da mediante una cadena de empresas a los cuales lo señalan como Holding, y en donde el accionista mayoritario o en su caso controlado por accionistas minoritarios (según su porcentaje de diversificación de la sociedad como sucede en los EEUU en donde un accionista con el 8 o 10% puede controlar una sociedad), controlarán a través de participaciones llegando incluso a controlar a la empresa final y que se encuentra en la parte mas baja de la cadena. Entonces, resulta claro que los Grupos de Sociedades existen a través de la manifestación de control tal como lo demuestra la Comunidad Europea a través del Informe Winter y por tanto resulta necesario comenzar su regulación dando una definición sobre el Control para poder de alguna manera formalizar a los grupos de sociedades y darle su respectivo reconocimiento en nuestro ordenamiento societario.

2.4.2. Búsqueda de una definición de lo que es Grupo de Sociedades. ¿Grupos de Empresas?

Es claro que nuestra realidad es otra, que el término empresa es el término mayormente utilizado en nuestro quehacer económico en que se desenvuelve nuestro país. Que, en el desarrollo de nuestra actividad económica y posteriormente el tráfico comercial en que se desenvuelve dicha actividad, el término empresa goza de una aceptación por excelencia entre todos los involucrados en dicho evento comercial, y estos van desde los trabajadores, dueños, consumidores, instituciones privadas y publicas, etc.; todos estos apuestan por generalizar a todo evento económico con el término de empresa. Entonces al hablar de empresa nos referimos a un “algo” es decir a un concepto económico organizacional.

²⁷ “A group pyramid can be defined as a group structure characterised by a more or less long chain of control using several holding companies. The ultimate shareholders control each company in the chain by majority or controlling minority interests, leaving minority shareholders at each level. The result is that the ultimate shareholders may control the whole chain - up to and including the company at the bottom – on the basis of a small total investment. If, for example, the ultimate shareholders would own 50% at each level, in a chain of six companies including the company at the bottom only a total investment by the ultimate investor equivalent to 1.56% in the capital of the company at the bottom is required to have full control over the whole chain. This effect is created by having minority shareholders at each level finance the controlling stake of the ultimate shareholder in the level below. In order to facilitate this, often a number of the companies in the pyramid have separate stock exchange listings”

Sin embargo, y en ¿Dónde queda el termino sociedad?, pues bien como ya hemos señalado anteriormente en el desarrollo de nuestro primer capítulo con relación a Sociedad, pues la sociedad vendría hacer la que organiza al empresario, es decir el instrumento jurídico que ayudará a que este desarrolle de pleno derecho sus actividades económicas en nuestra comunidad. Por tanto, concluiríamos en que sociedad es un “alguien”, y que contribuye como un mecanismo jurídico para la realización del negocio del empresario. Por ello, sale a la luz esa frase muy conocida en que “no todas las empresas pueden ser sociedades, pero sí todas las sociedades son empresas”.

En conclusión, podemos ver que tanto la sociedad como la empresa van estar estrechamente vinculados, ya que desde el momento en que una sociedad nace a la vida del derecho con un objeto específico, dicho objeto sería *“la explotación de una empresa”*, tal como lo señala el maestro Joaquín Garrigues.

Habiendo recordado estas precisiones ya estudiadas en el primer punto de nuestro Capítulo I, cabe precisar ¿Por qué es necesario regular a los Grupos de Sociedades y no a los Grupos de Empresas?. Pues bien, nuestra realidad hace que en la mayoría de los casos no hagamos una distinción entre lo que es empresa y sociedad, pero como ya hemos visto anteriormente que efectivamente existe diferencia y que a la vez guardan una cierta vinculación entre ellas. Sin embargo, si tomamos la premisa de que por nuestra realidad y costumbre utilizamos masivamente el término empresa, pues entonces no nos quedaría otra alternativa más que la de diseñar una regulación acorde con dicha premisa y que sería la de regular a las empresas como Grupo, esto es dar una ley de Grupos de Empresas. Pero, en el antepenúltimo párrafo, del punto primero que señala sobre El Intento mas cercano de regulación a los Grupos Empresariales y Análisis de su problemática, el mismo que corresponde al presente capítulo en estudio, vemos que la posibilidad de regular a los Grupos pasa primero por indicar que cuando hablamos de empresa, nos referimos a toda una gama de figuras económicas existentes en nuestra normativa; nos referimos pues a las EIRL, asociaciones, cooperativas; es por esto que necesitamos reducir mas el ámbito de acción de dicha regulación el mismo que se da en nuestro país en que la mayoría de los Grupos Económicos son generalmente sociedades anónimas las mismas que cuentan con acciones o participaciones, con una regulación societaria idónea y que pueden ser tranquilamente moldeadas a una regulación de Grupo. Por ello, es que vemos en la necesidad de regular mejor a los Grupos de Sociedades que a los grupos de empresas, por las consideraciones anteriormente expuestas.

Una vez delimitado la figura a regular, ahora se hace indispensable encontrar una definición acerca de lo que supone “Grupo”. Pues bien, como ya hemos señalado anteriormente a través de la doctrina, el término grupo contiene: 1).- Unidad Empresarial y 2).- Pluralidad jurídica. Cuando hablamos de pluralidad jurídica nos referimos a que está constituida por más de dos sociedades. Sin embargo, cuando nos referimos a la expresión unidad empresarial, nos estamos refiriendo a que sólo se conformará como unidad empresarial cuando: 1).- Se da la existencia de un control común frente a todas las sociedades integrantes del grupo y 2).- La existencia de una dirección unificada. Con relación al término control, este ha sido estudiado en el punto anterior; ahora bien con relación a la dirección unificada ésta se dará o se materializará a través del ejercicio efectivo del control, esto es que las operaciones de las sociedades controladas serán dirigidas y centralizadas por la cabeza del grupo. Tal como lo señala Martínez Machuca (1999)

Una pluralidad unitaria cuando existan entre ellos vínculos financieros importantes, cuando la actuación coordinada de los administradores de las sociedades no sea esporádica u ocasional o, finalmente, cuando entre las sociedades existan vinculaciones organizativas, económicas, patrimoniales, financieras o técnicas, de modo que la relación que se establece entre ellas no pueda considerarse como meramente provisional sino como verdadera y estable situación de dependencia de las sociedades controladas respecto de la dominante. (p. 49)

Sin embargo, existen diferentes países²⁸ que han tratado de alguna forma conceptualizar la figura de Grupos de diferentes maneras, y que de alguna u otra forma ha ayudado a establecer los criterios que hemos mencionado líneas arriba.

²⁸ Para la legislación de **Polonia**, en el ámbito fiscal considera la existencia de grupo cuando:

- El holding debe ostentar al menos un 51% de las otras sociedades.
- La estructura empresarial debe determinar objetivos económicos comunes para todo el grupo.
- La identidad legal de cada sociedad debe mantenerse.

Para el **Proyecto de Código de Sociedades Mercantiles Español**, de fecha 06 de Noviembre de 2002, define por primera vez el término grupo empresarial, el mismo que está basado en el poder de dirección de una persona natural o jurídica sobre otra. En este sentido el borrador describe algunas situaciones en las que se presume, sin que pueda existir en contra, que una empresa es filial de otra, cuando existe un poder de dirección.

Asimismo, la **Ley Colombiana** en su Artículo 28° señala que: *habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación exista entre las entidades unidad de propósito y dirección. Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.*

Para la **legislación Panameña**, desde el punto de vista de su Legislación Bancaria y que en su Artículo 3° del D. L. 9/98 señala que grupo económico es: *un conjunto de personas naturales o jurídicas*

Asimismo, vemos que el Informe Winter con relación a los grupos de compañías o grupos de sociedades señala:

Grupos de sociedades hoy en día son mas frecuentes en su mayoría, si no todos los estados miembros responden a la consulta respaldando la opinión de que los grupos son una manera legitima de hacer empresa, pero se reconoce al mismo tiempo que hay una necesidad para la protección de algunos intereses. (el subrayado es nuestro).²⁹.

Finalmente, y estando de acuerdo con Payet en la propuesta de dar un concepto para la figura de grupo de sociedades, tomando las palabras del Forum Europaeum: “la unidad empresarial del grupo sólo se constituye a través de la dirección unitaria³⁰ ejercida por la sociedad dominante. Si esta última no hace uso de su posibilidad de dominio... no cabe hablar, en sentido material, de grupo”. (p. 473).

En resumen, vemos que para poder dar una definición de grupos de sociedades es necesario considerar los siguientes criterios:

- Que son unidades económicas.
- Buscan y ejercen el control de otras sociedades (imposición de su voluntad).
- Dirección unitaria.
- Puede ejercer el control de manera directa o indirecta formando una cadena de sociedades (Informe Winter en su CHAPTER N° V).

cuyos intereses se encuentran en tal forma relacionados entre sí que a juicio de la Superintendencia deben de considerarse como si fueran una sola persona..

En el **caso peruano**, la figura de grupo económico se encuentra definida en el Artículo 5° del Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico, aprobado por Resolución CONASEV N° 722-1997-EF/94.10; así como también en el Artículo 8° de las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupos Económicos, aprobado por Resolución SBS N° 445-2000. Sin embargo, un primer y gran paso es el que se ha dado con relación a buscar una definición concreta acerca de Grupos en nuestra legislación y es la que señala el actual Proyecto de Ley General de Trabajo, presentado al Congreso de la Republica en Febrero de 2004, en su Artículo 6° y que señala: *Hay un grupo de empresas cuando varias empresas, jurídicamente independientes, constituyen o actúan como una unidad económica y productiva de carácter permanente y están sujetas a una dirección única de contenido general.... (...).*

Finalmente, como se puede apreciar existe una gran variedad de definiciones acerca de Grupo. Sin embargo, para el análisis de nuestra tesis, se adecua mas el hecho de regular a los grupos bajo un tinte netamente societario o mercantil, es decir desde una óptica de Grupos de Sociedades.

²⁹ Groups of companies today are frequent in most, if not all, Member States. Responses to the consultation supported the view that groups are a legitimate way of doing business, but recognised at the same time that there is a need for protection of some interests

³⁰ Como señala Martinez Machuca: “La dirección unitaria supone la efectiva sumisión de las sociedades controladas a las directrices de la sociedad matriz del grupo, la sujeción de las sociedades dependientes a la política económica de la sociedad dominante, dependencia de aquellas respecto de la sociedad que detenta el poder de dirección en el grupo”. Pág. 50.

- La independencia jurídico – formal de las sociedades que la conforman, con todas las consecuencias jurídicas que conlleva (por ejemplo limitación de la responsabilidad) y que se fundamenta en la existencia de una personalidad jurídica propia, es más *aparente que real* (esto lo veremos muy puntualmente en el punto de la responsabilidad de las sociedades); y
- Supone la existencia de una sociedad matriz o madre o tenedora.

2.4.3. Las tensiones entre los intereses del Grupo y sus partes. Intereses del Grupo VS. Interés Social de cada sociedad.

Como ya hemos visto, el futuro ordenamiento que pretenda regular a los Grupos de Sociedades pasa **primero** por: establecer un concepto de Control y **segundo**: El simple hecho de ejercer el control, trae como consecuencia la aparición e integración mediante una figura Grupal, que para el presente trabajo será la regulación de los grupos de sociedades, el mismo que hemos concluido en la necesidad de su definición. Por tanto, una vez establecida estas pautas, y habiendo ya reconocido la existencia de Grupo, cabe hacernos las siguientes preguntas: ¿Acaso es sencillo realizar la formación de los Grupos?, ¿Colisiona algunos intereses como consecuencia a su formación?, ¿Hablamos de interés de grupo o interés social de cada sociedad?, ¿En caso de responsabilidad pueden existir las obligaciones fiduciarias?, ¿Qué es lo que va a primar el interés de la sociedad o el interés del accionista? y ¿Qué hay con respecto a los accionistas externos y acreedores de cada una de las sociedades?. Como se puede apreciar estas son las principales interrogantes o tensiones que se presentan al momento de constituir el grupo así como sus posteriores tensiones al momento de iniciar su funcionamiento.

Pues bien, desde el punto de vista corporativo podemos decir que el grupo de sociedades de alguna u otra forma requiere de una mayor versatilidad en su organización, en la asignación de recursos, así como en la realización de las operaciones entre las sociedades que la conforman, procurando de esta manera su integración económica, esto desde el punto de vista de la estrategia corporativa. Asimismo, desde el punto de vista del Grupo, es factible (como lo señala las diferentes doctrinas), que una sociedad que forma

parte del grupo auxilie (subsidié) a la otra mediante la transferencia de recursos (económicos, logísticos, etc.), en situaciones más ventajosas³¹.

Tal como señala el Payet (2003):“Puede también ser racional asignar las operaciones entre las distintas sociedades, e incluso cesar las operaciones de alguna de ellas si su cuota de mercado puede ser absorbido en forma más ventajosa por otra sociedad del grupo” (p. 95).

Un claro ejemplo, de la colisión de estas 2 formas de intereses se presenta cuando se ven relacionados las obligaciones fiduciarias de ambas partes con respecto a la administración u órgano de gobierno de las mismas (por un lado el de la sociedad y por el otro lado el del Grupo), tal como lo señala el Artículo 173° de nuestra Ley General de Sociedades³² con el hecho de que en los grupos de sociedades los administradores de una sociedad controlada o dominada reportarán las directivas emanadas por la sociedad matriz³³. Como verán, existe una dualidad con relación a la función por parte de los

³¹ Cuando hablamos de situaciones ventajosas nos estamos refiriendo a la reducción en los costos de transacción, así como la aplicación de la teoría del costo-beneficio. Posición que concuerda con la del Dr. Payet, José Antonio “Empresa, Gobierno Corporativo y Derecho de Sociedades: Reflexiones sobre la Protección de las Minorías. Ver en: Themis – Revista de Derecho. N° 46. Lima, Perú. 2003. Pág 95.

³² **Artículo 173°.-** “(...) Los directores elegidos por un grupo o clase de accionistas tienen los mismos deberes para con la sociedad y los demás accionistas que los directores restantes y su actuación no puede limitarse a defender los intereses de quienes los eligieron”. Ley General de Sociedades, Ley N° 26887.

³³ Es evidente, y así lo ha reconocido la doctrina que al integrarse una sociedad en el seno de un grupo surgen para los directivos de la misma un doble orden de lealtades, ya que por una parte al asumir como administradores sociales adquieren frente a la compañía que han de gestionar naturales deberes de lealtad, mientras que por la otra si han sido nominados por el “grupo de control”, también adquieren deberes de lealtad ante éste último los cuales pese a carecer de sustento normativo poseen una indudable lealtad. Asimismo, tomamos como paradigma lo regulado por la Legislación Alemana con relación a los “grupos de subordinación” mediante dos mecanismos: 1).- En su **Contrato de Dominación**, y que con relación al órgano de administración expresa lo siguiente: “El contrato de dominación, por éste la empresa dominante tiene el derecho de impartir directivas al directorio de la sociedad en lo que a la conducción de la misma se refiere. A menos que se disponga otra cosa en el contrato, pueden también darse directivas que sean desventajosas para la sociedad, si ellas sirven a los intereses de la empresa dominante o de las empresas vinculadas con ellas y con la sociedad en el Konzern. En esta situación, el directorio está obligado a seguir las directivas de la empresa dominante” y 2).- **En su procedimiento de Integración**, Supone que una sociedad es titular de no menos del noventa y cinco por ciento del capital de otra. En tal caso ambas pueden optar por “integrarse”. La decisión debe ser adoptada por la Asamblea de cada una de ellas, con las mismas mayorías que para los contratos de empresa (es decir, no menos del setenta y cinco por ciento del capital), e inscrita en el registro de Comercio. Producida la integración, la sociedad principal adquiere el derecho de impartir directivas a la integrada exactamente como si existiera un contrato de dominación.. Ver en: Le Pera, Sergio “Cuestiones de Derecho Comercial Moderno”. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1979. Pág. 151 y 245. Por tanto, se legitima el poder de dirección de la sociedad controlante (en un contrato de dominación) o de la sociedad principal (en una integración).

Y, finalmente, como escribe Martínez Machuca: “Se podrá hablar de dirección unitaria y de grupo de sociedades cuando los administradores de las sociedades controladas actúen en función de las instrucciones impartidas por los administradores de la sociedad matriz, de forma que el grupo en la

directores y administradores de la sociedad frente al Órgano que imparte las instrucciones de control o dominio (sociedad dominante o controlante o matriz).

Es por esta razón, que el Informe Winter de Noviembre de 2002 recomienda a los Estados Miembros de la Unión Europea adoptar ciertos criterios que ayuden a suplir esta dualidad o aparente contradicción:

The Group believes there is a case for requiring Member States to provide for a framework rule for groups that allows those concerned with the management of a group company to adopt and implement a co-ordinated group policy, provided that the interests of creditors of each company are effectively protected and that there is a fair balance of burdens and advantages over time for each company's (outside) shareholder³⁴.

Por eso vemos que una regulación que se pueda encontrar acorde con nuestra realidad jurídica es la que plantea la legislación alemana mediante la Aktiengesetz de 1965 en donde quizá, más que una legislación de sociedades por acciones, sea una regulación de los “grupos de sociedades”.

Es aquí, en donde la Comisión de Alto Nivel formada por el Ministerio de Justicia del año 2000 encargada de elaborar un Proyecto de Ley de Grupos de Empresas, vio la necesidad de regular a los grupos mediante la modalidad contractual; tomando para ello dicha modalidad de la legislación alemana, y siendo también estudiada como modelo o punto de partida para una regulación base o uniforme de grupos en la Comunidad Europea. Como consecuencia de dicho estudio es que se dicta las recomendaciones

práctica funcionará como una sola sociedad aunque esto dependerá del grado de centralización que exista”. Pág. 50.

En conclusión, cuando hablamos de un grupo subordinado que es la idea de concebir a un grupo de sociedades, ésta se establece por varios mecanismos teniendo una situación jerárquica caracterizada generalmente como de “dominio” entre las sociedades que lo constituyen, dominio que se ejerce sometiendo esas empresas a una dirección unificada que atiende al interés del grupo como tal, más bien que al interés de cada una de ellas en particular. Aparecen por tanto aquí los elementos fundamentales: dominio y subordinación, dirección unificada e “interés del grupo”. Cuando éstos están reunidos se produce un interesante fenómeno: las empresas implicadas normalmente una sociedad dejan de perseguir un fin propio para implementarse como instrumento del interés del grupo. En la doctrina alemana se expone esta situación diciendo que las sociedades ordenadas en éstos grupos mantienen su objeto social (Gegenstand), pero modifican su “fin social” (Gesellschaftszweck) y asumen como tal el servicio del interés del grupo. Por ello, la conducción de la sociedad no atiende necesariamente a los fines propios de ella, sino a las motivaciones de conveniencia del grupo como conjunto (sujeción al interés del grupo).

³⁴ “El Grupo considera que existen razones para requerir a los Países Miembros que establezcan una regla marco para los grupos que permita a los administradores de una sociedad perteneciente a un grupo adoptar e implementar una política coordinada de grupo, siempre que los intereses de los acreedores de cada sociedad sean protegidos efectivamente y que haya un balance de ventajas y desventajas a lo largo del tiempo para los accionistas externos de cada sociedad”. Traducción realizada en el Artículo del Payet, José Antonio. Pág. 95.

relacionadas a los grupos los mismos que se encuentran en el CHAPTER V del Informe Winter.

Una vez que se haya establecido la subordinación, las directrices emanadas por la sociedad dominante o controlante serán obligatorias para los administradores de la sociedad dominada. El Artículo 308° de la Ley de Sociedades Anónimas Alemana señala que:

(...) El directorio (otros hablan de Junta) está obligado en seguir las instrucciones de la empresa (compañía) controladora. El, no puede negarse al acatamiento de una instrucción porque a su juicio no responda a los intereses (temas) de la empresa controladora o de la empresa vinculada a aquella por vínculos grupales, salvo que ella manifiestamente no desempeñe estos temas.³⁵

Por ello, como ya hemos señalado anteriormente se va dar obligadamente esa dicotomía en los deberes fiduciarios planteadas entre las sociedades que de alguna u otra forma se van a encontrar relacionadas ya sea en su forma social frente a su forma grupal. Esto se verá reflejado cuando se opta por realizar un contrato de grupo (contrato de dominación) siendo esta una de las formas que se puede aplicar a nuestra realidad, y en donde los accionistas minoritarios que se encuentren afectados producto de la celebración de éste contrato pues decidan de alguna manera retirarse del ámbito de control de la sociedad dominante esto es, que no se encuentren de acuerdo o conformes con dicha situación, y trayendo como consecuencia de que dicha sociedad dominante se vea obligada adquirir sus acciones por un precio real y justo.³⁶

Sin embargo, otra opción que puede tener el accionista perteneciente a la sociedad dominada y que este no se encuentre de acuerdo con dicha operación de juntarse (agruparse) sería el caso de la permanencia en la sociedad dominada, en donde el accionista tendrá el derecho a un dividendo mínimo. Asimismo, se genera deberes por parte de la sociedad controlante o dominante a proteger el patrimonio de la dominada o

³⁵ “(...) Der Vorstand ist verpflichtet, die Weisungen des herrschenden Unternehmens zu befolgen. Er ist nicht berechtigt, die Befolgung einer Weisung zu verweigern, weil sie nach seiner Ansicht nicht den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen dient, es sei denn, daß sie offensichtlich nicht diesen Belangen dient”

³⁶ Cuando hablamos de un precio real y justo de una acción, nos estamos refiriendo al valor nominal de una acción, el mismo que se materializa a través del precio que figura en los libros contables, o en su caso al valor del precio en el mercado si dicha sociedad cotizara en Bolsa. Asimismo, se podrá aplicar una operación muy simple para poder dar con el valor real de la acción y esto es: **Valor Activos + Valor Ventas – Deudas = VALOR DE LA ACCION.**

controlada y a comportarse como un *honesto y diligente*³⁷ comerciante en su papel de controlador.

Por otro lado, en Francia se ha llegado a aceptar que los directivos de un grupo pueden hacer prevalecer el interés de este por sobre el de las sociedades particulares o controladas que lo integran, cuando su proceder es dictado por un interés económico, social y financiero común, que se halla en función de una política elaborada teniendo en cuenta el conjunto económico. Por tanto, sería inadecuado aislar una operación determinada del plexo de relaciones en las cuales aquella se inserta, debiendo tenerse en cuenta que por lo general a cada una de las sociedades le interesa sostener a la otra, de la que probablemente en un futuro próximo reciba como devolución un favor semejante (*política de cooperación*).

Una vez señalado líneas arriba la legitimidad que otorga la doctrina francesa con relación a las decisiones beneficiosas para el grupo y que perjudican el interés de una o mas sociedades integrantes del mismo, es conveniente indicar cuales son esos elementos mediante la cual se puede lograr esa legitimación y que son: 1).- La estructura del grupo debe de ser sólido, es decir debe existir un equilibrio en la relación entre las empresas que integran el grupo (esta relación deber ser armoniosa y de complementariedad), así como también en que la sociedad dominante no debe ignorar los intereses propios de cada uno de las sociedades que conforman su ámbito de control (política elaborada en base al conjunto económico); 2).- Actividades coordinadas y coherentes entre las sociedades que conforman el grupo como política común del mismo; y finalmente 3).- Existencia de un equilibrio interno entre las cargas y ventajas que soportan las distintas sociedades del grupo.

Tal como dice Rozenblum, autor citado por el Payet (2003) que: “No es lícito imponer arbitrariamente o de forma desproporcionada, los costos sobre alguna sociedad del grupo. La pertenencia al grupo debe significar a lo largo del tiempo una mezcla equilibrada de costos y beneficios para la sociedad” (p. 96).

En conclusión, visto las dos formas de posibilidad de regular a los grupos de sociedades desde la óptica del interés social y del interés grupal, podemos decir que en ambas existe un común denominador y que son: 1).- La posibilidad de que la sociedad dominante tenga que adoptar decisiones convenientes para el interés del grupo, y

³⁷ Fin que debe tener todo empresario en la realización del negocio jurídico.

trayendo con ello como consecuencia el respectivo perjuicio a la sociedad dominada (decisiones inconvenientes a ésta)³⁸ (El Informe Winter, p. 97), 2).- El establecimiento obligatorio de un mecanismo de compensación³⁹ que permita evitar un perjuicio indebido tanto a los intereses de los accionistas externos como el de los acreedores.

Todo esto para evitar de alguna forma el bloqueo que puedan ocasionar los accionistas minoritarios frente a una decisión que pueda generar el aumento del valor (valor del grupo así como también un posible aumento del valor de la sociedad) desde el punto de vista económico, sin embargo se establece como requisito, que parte de ese valor se pueda transmitir a las personas perjudicadas con la operación.

2.4.4. De la Transparencia del Grupo: Estados Financieros Consolidados. Publicidad.

Cuando hablamos de la transparencia del grupo, pues nos referimos a todos aquellos mecanismos que coadyuven a que la labor del grupo sea lo suficientemente limpio y claro, sin que exista rasgos turbios en el manejo de la política general del grupo. Estos mecanismos a los cuales nos referimos pueden ser: la de la comunicación y revelación de la información (a través de los estados financieros consolidados, auditoría, de las relaciones cruzadas), así como de su respectiva publicidad.

Por ello, la transparencia del grupo es sumamente importante ya que a través de los mecanismos de información y revelación con respecto a la estructura de los grupos y las relaciones intra-grupo es que se asegura su funcionamiento y se demuestra también la

³⁸ Con relación al punto del beneficio del grupo y perjuicio de la sociedad señala lo siguiente: “*A principle has been developed - with slight variations - in several Member States that tries to solve the conflict between the common interests of the group of companies taken as a whole and one or more of its members by providing that transactions which are beneficial for the group but are not in the direct interest of a single company can be considered as legitimate, provided that the interests of that company are safeguarded on balance. In other words, the prejudice suffered by a particular company in a certain transaction can be justified where the membership of the group ensures advantages to the same company so that its interests are safeguarded on balance. The work of the Forum Europaeum²⁶ in this field has been particularly helpful in clarifying the common principles underlying these rules in certain Member States*”. En resumen, en la mayoría de los Estados Miembros en donde la transacción que se realice para el beneficio del grupo es legítimo, si el perjuicio sufrido por la sociedad dominada es justificada por otras ventajas en beneficio del grupo.

³⁹ Este mecanismo de compensación podría ser la que el Informe Winter considera como una póliza de seguro colectivo, la misma que se encuentra señala como una de sus recomendaciones en la Pág. 18 del respectivo Informe. Esta póliza de seguro colectivo nace para proporcionar protección tanto a los intereses de los accionistas perjudicados (minoritarios) como a los acreedores.

compatibilidad de los intereses de accionistas y acreedores en sus niveles diferentes (El Informe Winter)⁴⁰.

2.4.4.1. Deber de Informar. Obligaciones Contables propias del Grupo. Estados Financieros Consolidados.

Es común que en los mercados financieros o de inversión la información sea la herramienta principal para la toma de decisiones por quienes actúan en dicho sistema (por ejemplo formación adecuada de los precios de las acciones). Por eso, tanto los mercados como los agentes que intervienen en dicho sistema deberán de contar con la correcta, oportuna y necesaria información, a fin de que formulen juicios razonables para la toma de decisiones de inversión o desinversión. Para el Informe Aldama y por tanto actualizado por el Código CONTHE⁴¹ esta transparencia en la información se reviste de las siguientes características:

- Se transmite al mercado toda la información relevante para los inversores.
- La información que se transmite es correcta y veraz.
- La información se transmite de forma simétrica y equitativa.
- La información se transmite en tiempo útil (Informe Adama, p. 13).

Como vemos, esta obligación de informar casi siempre corresponde a las sociedades que actúan en los mercados financieros (en este caso sociedades que cotizan en bolsa y que acuden al mercado de valores para obtener liquidez). Pero, dichas disposiciones se pueden extender también a aquellas sociedades que no necesariamente cotizan en bolsa, o aquellas sociedades que acuden al mercado primario de valores (mercado de emisiones) con el objeto de colocar sus valores al público.

Sin embargo, hay algunas cuestiones de orden que nos preguntamos con relación al presente trabajo y es ¿Qué relación guarda éste deber de información con los grupos

⁴⁰ Lo sintetiza con la siguiente expresión: “*The consultation process has revealed that transparency is felt as the most important area of intervention with regard to groups*”. Ver en: Informe Winter. Pág. 95.

⁴¹ INFORME DE LA COMISIÓN ESPECIAL PARA EL FOMENTO DE LA TRANSPARENCIA Y SEGURIDAD EN LOS MERCADOS Y EN LAS SOCIEDADES COTIZADAS. Llamada también INFORME ALDAMA del 08 de Enero de 2003. Dicha Comisión se constituyó con el propósito de estudiar y proponer criterios y pautas en lo que se refiere al gobierno de las sociedades, a su relación con una serie de empresas de servicios profesionales, y a establecer tales criterios y pautas con vistas a aumentar la transparencia y la seguridad en los mercados; y ello, después de analizar el estado actual de la aplicación del Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas (Código De Olivencia, de 26 de febrero de 1998)

de sociedades?, ¿Existe algún tipo de beneficio para aquellos grupos que sin necesidad de cotizar en Bolsa, informen acerca de la marcha del mismo?. Estas y otras preguntas, serán materia de análisis en el presente punto.

La transparencia tiene uno de sus fundamentos en este punto; por tanto aplicaremos lo dispuesto por el Informe Aldama y Código Conthe con relación a la vinculación existente entre Transparencia e Información, contrastando dicho Código e Informe a la figura de los grupos:

A) Una Información Completa

Cuando hablamos de información completa nos referimos pues a una “imagen *fiel*”, es decir aquella imagen global real aplicado al funcionamiento de la figura del grupo. Por eso, no solo basta que se tenga acceso a la información contable (estados financieros consolidados), sino también, es preciso que se obtenga y se acceda a datos referidos al gobierno de dicho grupo. Por ello, dicha información servirá para que los accionistas de control, los minoritarios o los acreedores (ya sean trabajadores, el propio Estado o terceros) tengan de algún modo conocimiento de los hechos que ocurren en la sociedad. Tal como lo señala el Informe Winter “una fotografía clara y justa de la estructura de gobierno del grupo” (El Informe Winter, p. 96) ⁴².

B) Información Correcta

De nada sirve que la información que presentemos sea completa si no es posible garantizar que sea también a la vez *correcta*.. Pero, ¿Por qué decimos que sea también correcta?, porque la experiencia mas reciente que sucumbió a los EEUU a raíz de los fracasos corporativos de Enron y MCI Worldcom ha demostrado que la contabilidad es el lenguaje financiero por excelencia de las empresas ha de servir para trasladar una información correcta no solo al mercado sino también a todos los que se encuentran inmersos en el grupo, y no para ocultar o distorsionar esa información. Con relación a la matriz del grupo será esta la responsable de revelar coherente y exacto la información que se relaciona con las estructuras y

⁴² “a clear and fair picture of the group's governance structure”.

relaciones del grupo⁴³. Un sinceramiento en la información del grupo hace pues que se tomen acciones veraces, correctas y concretas en la obtención de un mayor crecimiento organizacional en conjunto como grupo.

C) Información equitativa, simétrica y en tiempo útil.

Cuándo hablamos en forma equitativa pues nos estamos refiriendo a que la información debe de llegar a todas las sociedades integrantes del grupo por igual. Para el caso, de las grupos que cotizan en Bolsa dicha forma equitativa y simétrica debe ser transmitida a todos los partícipes del mercado, es decir que “deben de tener acceso a una información sustancialmente igual en un mismo horizonte temporal, por lo que las sociedades deben trasladar a los accionistas e inversores, en general, el contenido de las presentaciones facilitadas a bancos de inversión, analistas, agencias de calificación, accionistas significativos y a todos los depositarios de información sensible a partir del momento en que esta información sea conocida por la sociedad” (Informe Aldama, p. 15).

Como hemos visto, a pesar que las características señaladas anteriormente corresponden propiamente a los gobiernos corporativos de sociedades cotizadas en Bolsa, no deja de tener relación también con el gobierno corporativo de los grupos societarios, esto porque hemos dado anotaciones dispuesto por el Informe Aldama, Informe Winter y Código Conthe en donde en referidos informes y Código a pesar de estar dirigidos a diferentes formas societarias (Informe Aldama sociedades listadas en Bolsa , Informe Winter propiamente en el Chapter V sobre Grupos y Pirámides y Código Conthe), tocan la modalidad corporativa en su conjunto como mecanismo de transparencia y deber de información tanto desde el punto de vista de mercado como desde el punto de vista de estructura de grupo y las relaciones .

Por ello, agregando al deber de información y transparencia con relación a los grupos debemos de indicar también tres (3) apuntes muy interesantes y que son:

⁴³ Tal como lo señala el Informe Winter en que más información deber ser revelado por la matriz (padre) del grupo. “In general, the Group takes the view that increased disclosure with regard to a group's structure and relations is needed. In order to ensure a consistent disclosure system, the parent company of each group is to be made responsible for disclosing coherent and accurate information relating to the group's structure and relations”, p. 95.

- La de los instrumentos de información sobre los gobiernos corporativos en materia de grupo; en donde toda la información relevante (participaciones significativas, hechos relevantes, memorias o informes de gestión y específicos sobre gobierno corporativo, etc.), se debería consolidar periódicamente en un documento especial al que podría denominarse “informe anual de gobierno corporativo”, y actualizarse mediante las tecnologías de Internet para facilitar así la difusión de esa misma información y toda aquella otra que sea relevante para que el mercado (todos en general: inversionistas, clientes, trabajadores, etc) puedan evaluar las practicas del grupo sobre gobierno corporativo en su respectivas sociedades o en su caso en forma general, dando con esto un valor adicional a la empresa un Plus⁴⁴ sobre las demás empresas que no realizan tales practicas corporativas; y
- Las sociedades deben de informar quienes salen y entran del grupo; esto porque las sociedades deben de informar tanto a los accionistas como al publico en general, quienes entran o salen de un grupo, tal como lo señala el Informe Winter: “incluir una declaración por parte de los directores de la sociedad respecto a la trascendencia del evento” (Informe Winter, p. 96)⁴⁵ y el Código Conthe.
- La información no pública; con relación a la información que puedan tener los directores o los administradores de las sociedades integrantes del grupo, estas deben ser recogidas en las reglas de funcionamiento del Grupo en donde se señale expresamente las obligaciones de “discreción y pasividad” (Código de Olivencia, 1998)⁴⁶.

⁴⁴ El mercado premia a las sociedades o grupos de sociedades que realizan su trabajo bajo los principios de buen gobierno corporativo: es decir mayor seguridad al momento de contactar con los clientes, mayor seguridad de inversión por parte de potenciales inversionistas. Con relación a los trabajadores estos gozan de un trabajo seguro y sobre todo las acciones adquieren un mayor valor gracias a dichas prácticas, es decir aumentan un Plus (valor agregado) sobre las demás.

(⁴⁵) “In addition, the Commission should review whether companies should be required to inform shareholders and the public when they enter into or exit from a group, including a statement by the company’s directors as to the significance of the event with regard to the company’s financial situation, governance, and performance”. Ver en Informe Winter. P. 96.

⁴⁶ En donde señala que: “La obligación de discreción impone al consejero no sólo el deber de guardar secreto de las deliberaciones del Consejo y de las Comisiones de que formen parte, sino también el de abstenerse de revelar cualquier información a la que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo. La obligación de pasividad le obliga a no hacer uso de la información reservada de la compañía para fines privados. Obviamente, no es ésta una obligación absoluta, puesto que si la aplicación de la información resulta inocua para la sociedad, no hay razón para privar al consejero de la oportunidad de utilizarla;

Finalmente, como hemos visto el deber de información en los grupos incumbe a todos los que están vinculados con dicha figura, desde el consumidor en general pasando por los trabajadores, clientes, inversionistas, las mismas sociedades integrantes del grupo, órganos de administración así como el Estado. Por tanto, podemos decir que estos grupos de interés interesados en el gobierno de las sociedades integrantes del grupo tienen pues la obligación de “crear riqueza, empleo y lograr que las sociedades sean financieramente sólidas” (Principios de buen gobierno para las sociedades peruanas. Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores [CONASEV], 2002)⁴⁷, y con esto lograr el fortalecimiento del grupo como un ente y ayudar a que éste prospere y se desarrolle en beneficio de todos.

Con relación a **las obligaciones contables propias al grupo y sus estados financieros consolidados**, podemos tomar como punto de partida al derecho francés.

El derecho francés⁴⁸ reconoce la personalidad contable al grupo. Ha instituido la consolidación de cuentas al nivel de todo el grupo en su Artículo L. 233-16 del Código de Comercio Francés. La consolidación consiste en presentar en una cuenta única la situación financiera y los resultados del grupo como si las sociedades miembros formasen una sola entidad contable. Cada filial hace una declaración separada de sus resultados sin abonar impuesto. Por su lado, la sociedad matriz establece en conjunto los resultados del grupo compensando beneficios y pérdidas. Por tanto, el impuesto será calculado en función del resultado neto (Artículo 209° del Código General de Impuesto Francés). De esta manera, el derecho contable otorga una personalidad funcional al grupo.

De igual manera el Informe Winter con relación a los estados financieros consolidados señala “que las figuras consolidadas no reflejan la situación financiera de

pero se recomienda a las compañías destinatarias del informe que regulen los procedimientos a seguir en casos de duda en cuanto a que la utilización no cause perjuicio alguno a la compañía. En ningún caso se podrá utilizar dicha información para realizar operaciones de adquisición o venta de valores de la sociedad o cualquier tipo de actuación especulativa con dichos valores”.

⁴⁷ Ver en: El Punto III. En donde trata sobre la Función de los Grupos de Interés en el Gobierno de las Sociedades.

⁴⁸ El Código de Comercio Francés; regular las disposiciones sobre el Deber de Información y de las Cuentas Consolidadas en los Artículos: Artículo L. 233-6 al Artículo L. 233-28.

varias partes integrantes del grupo y el grado de la dependencia de las filiales sobre la compañía matriz” (Informe Winter, p. 95) ⁴⁹.

En España⁵⁰, actualmente existe un Proyecto de Código de Sociedades Mercantiles presentado en Noviembre de 2002, mediante el cual se incluye una regulación del régimen de consolidación de cuentas.

Como se puede apreciar, existe un común denominador y que es la de necesariamente regular a los estados financieros consolidados de los grupos y que esta esté dirigida por la matriz o controladora, aunque cada País debe de adecuar dicha regulación de acuerdo a su interés y realidad.

Por ello, nosotros al ver de que no se puede demostrar fehacientemente de la lectura de los estados financieros consolidados la situación real de cada una de las sociedades integrantes del grupo, debemos de considerar que a los estados financieros consolidados debe de acompañársele una información financiera adicional relacionada con el grupo, cubrir por ejemplo las cifras financieras fundamentales de las sociedades integrantes del grupo, esto sería muy importante para la organización de servicios intra-grupo y su reparto dentro de las sociedades integrantes del grupo, así como las transacciones efectuadas intra-grupo y relacionadas con su política principal. Pero eso sí, antes de poder ejecutar dicha información adicional debemos de considerar la compatibilidad que debería existir con los padrones accounting internacionales.

En conclusión, el deber de información y de las cuentas consolidadas, ayudan a que el gobierno de los grupos de sociedades sean más transparentes, eliminando con esto los rasgos de desconfianza (antitrust), y haciendo que las sociedades integrantes del grupo, los accionistas, los trabajadores, los acreedores y la sociedad en general, caminen y robustezcan la figura de los grupos de sociedades, trayendo como consecuencia un beneficio principal y que es el de la confianza y seguridad frente a estos.

⁴⁹ “in that consolidated figures do not reflect the financial situation of the various parts of the group and the degree of dependence of the subsidiaries on the parent company.

⁵⁰ Por ejemplo: en **España** regula sobre el deber de informar y sobre los estados financieros consolidados en las siguientes normativas: Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (Ley 44/2002, de 22 de Noviembre), en su Artículo 37° y sgtes., así como en la Circular N° 1/2004, de 17 de marzo de 2004, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores, y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas, en sus Normas 5° y 6° y Disposición Transitoria Segunda; en el Artículo 35° de la Ley de Mercado de Valores Español y en el Código Conthe de 2006.

2.4.4.2. Financiación y protección del Interés Social

En Francia, la ley ha permitido que las relaciones financieras entre las sociedades que conforman el grupo sean válidas. Por su lado, la jurisprudencia regula las relaciones patrimoniales de las sociedades del grupo para que se realicen con mayor equidad.

A).- La Financiación del Grupo.-

Podríamos decir que las relaciones financieras entre los miembros del grupo son intensas. La ley bancaria francesa de 1984⁵¹ otorga una serie de facilidades y créditos que son otorgados entre sociedad matriz y filiales. Por tanto, dicha ley ha puesto en la legalidad a los miembros del grupo que sin ser establecimientos de crédito se le otorgaban préstamos habitualmente. En efecto, se dispone que las operaciones de tesorería puedan ser realizadas dentro del grupo de sociedades.

En conclusión, las relaciones patrimoniales entre miembros del grupo se han vuelto más intensas gracias a dicha ley. La jurisprudencia regula la preservación del interés de cada una de las sociedades.

B).- La protección del interés de cada sociedad del grupo en las relaciones patrimoniales internas.-

“Uno de los peligros a los que puede estar acostumbrado el grupo es el llamado *vampirismo financiero*. Esto quiere decir que una de las sociedades se empobrece y se arruina para favorecer al florecimiento de las otras sociedades del grupo” (Cozian Et, 1996, p. 633).

La jurisprudencia francesa ha sabido paliar este problema y ha podido aliar el interés global del grupo al interés de cada sociedad. Por eso, cuando es decidido por los dirigentes de una sociedad que este debe de asumir las cargas de otra sociedad sin contraparte, la jurisprudencia sanciona esta falta de gestión y el abuso de bienes societarios.

⁵¹ Ley 84-86 de 24 de Enero de 1984 relativa a la actividad y control de las entidades de crédito, mas conocida como Ley Bancaria. Sin embargo, la ley bancaria ha sido objeto de varias modificaciones posteriores.

Una sociedad del grupo puede consentir un sacrificio para socorrer a otra sociedad del grupo siempre y cuando reciba una contraparte y que el interés del grupo esté en juego.

En conclusión, el derecho francés tiende a reconocer un interés propio al grupo, confiriéndole por momentos una personalidad jurídica (teoría de la apariencia).

2.4.4.3. Publicidad

Una vez que hemos procedido a reconocer formalmente a los grupos de sociedades a través de la dación de su respectiva normativa, el siguiente paso a seguir será la de establecer mecanismos que ayuden a garantizar que aquellos grupos de interés (accionistas minoritarios, trabajadores, acreedores y público en general) tengan conocimiento de la formación y existencia de un grupo de sociedades, puesto que los actos que estos realicen (relaciones jurídicas con la controlante o sociedades dependientes) con el referido grupo pues tendrán consecuencias jurídicas.

Esta publicidad a la que quedaría sujeta dicho grupo significaría pues, la transparencia legal de sus actos frente a estos grupos de interés que hemos comentado líneas arriba. Tal como señala el Informe Winter:

Complete information and disclosure with regard to groups' structure and intra-group relations are a crucial pre-requisite to ensure that the functioning of groups remains compatible with the interests of shareholders and creditors at the different levels. The consultation process has revealed that transparency is felt as the most important area of intervention with regard to groups. (Payet, 2003, p. 95)⁵².

Como vemos, este contenido de la información que han de hacer pública los grupos de sociedades tanto los que cotizan en bolsa como aquellos que no cotizan sobre su estructura de gobierno, pues deben de considerar por ejemplo: i).- Los poderes que controlan las sociedades, hacer pública la estructura de su capital y, dentro de él, indicar

⁵² La traducción que proponemos a continuación es tomada del artículo publicado por el Payet y que es la sgte. : “Una revelación completa respecto a la estructura de los grupos y de las relaciones intra grupo es un requisito crucial para asegurar que el funcionamiento de los grupos sea compatible con los intereses de los accionistas y los acreedores en los diferentes niveles. El proceso de consulta ha revelado que la transparencia es considerada el área de intervención más importante con respecto a los grupos”.

los porcentajes de participación y las relaciones de índole familiar, comercial, contractual o societaria que existan. Asimismo, estar al tanto de los:

pactos parasociales y de la estructura de control de las sociedades o grupos de sociedades que participan en el capital de la sociedad y en el de sus filiales, sobre todo cuando en ellas participen también los accionistas de referencia, así como de la representación directa o indirecta que tienen en el Consejo estas sociedades, y de las medidas de blindaje de cualquier clase que puedan existir en la sociedad” (Informe Aldama, p. 16)

ii).- La estructura de la administración de la sociedad del grupo en general y iii).- Las operaciones vinculadas y operaciones intra grupo, en donde se debe establecer el deber de informar sobre las operaciones de la sociedad con sus accionistas de referencia y sus administradores y altos directivos. Asimismo, se debe de informar las operaciones con las sociedades filiales y, en general, de aquellos extremos que puedan ser relevantes para enjuiciar el grado de efectividad y observancia de los deberes de lealtad (Informe Aldama, p. 17).

En conclusión, podemos decir que la publicidad guarda una relación muy estrecha con el deber de informar, y como ya hemos señalado anteriormente en el punto sobre la obligación de Informar, que para que haya una verdadera transparencia se deben de juntar los siguientes elementos: 1).- La revelación de la existencia del grupo y de su conformación (estructura), 2).- Las relaciones existentes (mas relevantes) en su interior (relaciones intra grupo), 3).- Las operaciones entre las sociedades pertenecientes al grupo, 4).- La presentación de la información financiera consolidada con la posible variante señalada en su respectivo momento, y 5).- El deber de informar de quienes salen y quienes entran del grupo.

2.4.5. La figura de los Grupos y su relación con el Gobierno Corporativo

Tanto los mercados de capitales como el simple hecho de realizar actividades económicas sin necesidad de participar en dicho mercado, hacen que los millones de soles que se mueven a diario en esos circuitos económicos (ya sea a través de dinero líquido o de papeles) tengan un valor muy alto para los agentes que intervienen en el mismo. Pero, en ¿Dónde radica el costo de ése valor?, pues nada menos que en la confianza, en esa confianza donde dichos fondos serán gestionados de manera adecuada y que sus rendimientos no serán repartidos de forma desproporcional (asimétrico).

Por ello, el gobierno corporativo nace con el objetivo de fortalecer esta confianza suministrando instrumentos de salvaguardia y supervisión, ambos aptos para alinear los incentivos de los *insiders* (el equipo directivo y el grupo de control) con los intereses de los *outsiders* (los accionistas minoritarios), esto dentro de un marco no sólo de una gran o mega sociedad, sino en el marco de una empresa Policorporativa (los grupos de sociedades). Por esto, al ver que nuestro mercado está comenzando a experimentar indicios cada vez mayor de tasas de concentración de propiedad⁵³, es crucial para dicho evento establecer la confianza en la política del gobierno corporativo, y de este modo ayudar a que dichas sociedades o grupos de sociedades accedan a la captación de nuevos fondos y a rebajar sus costes de capital. Para los inversionistas porque les ayuda a reducir el riesgo en sus carteras y a mejorar sus expectativas de rendimiento; y para los mercados a ganar más tamaño, profundidad y liquidez⁵⁴.

En muchos países, la presumible crisis de gobierno que han sufrido las empresas ha puesto de manifiesto en unos pobres resultados tanto para sus accionistas como en determinados casos a los inversionistas institucionales, las cuales apuntan hacia un deficiente funcionamiento del consejo de administración (para el caso peruano a los administradores). Es a partir de este punto en que se ha impulsado iniciativas tendentes a reforzar el papel de los órganos de gobierno de la sociedad no solo como mecanismo que debe velar por los intereses de los accionistas, ejerciendo para esto una estricta supervisión del equipo directivo, sino también en su misión como empresa⁵⁵. Las iniciativas más visibles se originan con los “códigos de buenas prácticas de gobierno

⁵³ Lo vemos en el caso peruano a raíz de la Fusión que ha sido aprobada recientemente en Mayo de 2005 de las empresas Telefónica con Bellsouth. Y, a nivel latinoamericano entre el grupo económico Bavaria y la transnacional SAB Miller (Sudafricana).

⁵⁴ Esto es importante ya que sabemos que el crecimiento económico de una nación está estrechamente asociado al desarrollo de su sistema financiero/económico, y en particular, de su mercado de capitales. Ver en: Levine, R. y Beck, T. “*Financial Intermediation and Growth: Causality and Causes*”. Journal of Monetary Economics. N° 46. 2000. p. 31. La razón de ello es que un sistema financiero sofisticado cumple con ventaja cinco funciones fundamentales para la economía: i).- Moviliza los ahorros, ii).- Facilita la gestión del riesgo, iii).- Identifica oportunidades de inversión, iv).- Supervisa y disciplina a los managers, y v).- Proporciona el intercambio de bienes y servicios. Ver en: Levine, R. “*Financial Development and Economic Growth: Views and Agenda*”. Journal of Economic Literature. N° 35. 1997. p. 688 y sgtes.

⁵⁵ “... generar beneficio económico a largo plazo para aumentar la riqueza del accionista (o inversor) es necesario para atraer inversiones en forma de recursos propios y constituye, por tanto, la misión central de la empresa. Al mismo tiempo, sin embargo, las empresas deben funcionar en el conjunto de la sociedad. En grados distintos, diferentes sistemas nacionales y empresas individuales pueden atemperar los objetivos económicos para asumir objetivos no económicos. La total transparencia de objetivos económicos y no económicos, tanto a nivel del sistema nacional como de cada empresa individual, será necesaria en una competencia global por el capital”. Ver en **Informe de la OCDE** sobre gobierno de la empresa. Abril 1998. Pág. 27.

empresarial”⁵⁶, entre los que se destaca el redactado por el Comité Cadbury⁵⁷ en el Reino Unido, y que se convierte en el pionero y el más influyente sobre los códigos posteriores (Código de Olivencia, Informe Aldama e Informe Winter), en el caso español se pasó a realizar un Código unificado denominado Código Conthe⁵⁸ así como la Ley Sarbanes⁵⁹ el

⁵⁶ Principales normas extranjeras que hablan acerca del Buen Gobierno Corporativo: Comité Cadbury de 1992. Reino Unido. Código de Olivencia de 1998. España. Principios de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) para el gobierno de las sociedades de 1999. The White Paper on Corporate Governance in Latin America de 2000. Informe Winter de 2002. Europa. Informe Aldama de 2003. España. Código Conthe de 2006. España. The Sarbanes – Oxley de 2002. EEUU. Libro Blanco Colombiano (White Paper). Principales Dispositivos Peruanos que hablan acerca del Buen Gobierno Corporativo: Principios de Buen Gobierno Corporativo para las sociedades peruanas. CONASEV. 2002. Modificatorias a las normas comunes para la determinación del contenido de los documentos informativos. Resolución Gerencial N° 096-2003-EF/94.11. CONASEV. 2003. Ley General de Sociedades. Ley N° 26887. Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros. Ley N° 26702. Arts. 12°, 13°, 76°, 79° entre otros. Registro de Directores, Gerentes y Principales Funcionarios. Circular SBS N° 119-2004. Requerimientos sobre la conducta ética y la capacidad profesional de las personas que participan en el proceso de inversión de las empresas bancarias, de seguros y de las carteras administradas por las AFP“. Res. SBS N° 114-2005. Principios de Buen Gobierno Corporativo para las empresas públicas peruanas. FONAFE. Febrero 2006.

⁵⁷ La preocupación por los códigos de buen gobierno comienza en el Reino Unido donde, en 1991, la Bolsa de Londres crea el Comité Cadbury. Este publica sus recomendaciones y su código en diciembre de 1992. Se trata de un código voluntario, aunque las empresas que cotizan en la Bolsa de Londres tienen la obligación de hacer referencia al cumplimiento o no de sus recomendaciones en sus informes anuales. El código Cadbury hace referencia fundamentalmente a dos temas: el consejo de administración y la confección de los informes financieros.

⁵⁸ Código Conthe. Por Acuerdo del 29 de julio de 2005, el Gobierno español creó un grupo especial de trabajo para asesorar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) en la armonización y actualización de las recomendaciones de los Informes Olivencia y Aldama sobre buen gobierno de las sociedades cotizadas, así como para formular las recomendaciones complementarias que juzgara precisas. El grupo especial que trabajó dicho Código basó su trabajo en dos aspectos fundamentales: la propuesta de Código unificado de buen gobierno; y recomendaciones complementarias dirigidas al Gobierno, a la CNMV español y a las instituciones financieras españolas. Los temas que guarda relación la figura del Corporate Governace y los Grupos de Sociedades se encuentran señaladas en: **1).- La Cotización de Sociedades Integradas en Grupos**, y en donde la Comisión recomendó que cuando coticen la sociedad matriz y una sociedad dependiente ambas definan públicamente con precisión: a) Las respectivas áreas de actividad y eventuales relaciones de negocio entre ellas, así como las de la sociedad dependiente cotizada con las demás empresas del grupo; b) Los mecanismos previstos para resolver los eventuales conflictos de interés que puedan presentarse; y **2).- Competencias de la Junta**, que, aunque no lo exijan de forma expresa las Leyes mercantiles, se sometan a la aprobación de la Junta General de Accionistas las operaciones que entrañen una modificación estructural de la sociedad y, en particular, las siguientes: a) La transformación de sociedades cotizadas en compañías holding, mediante “filialización” o incorporación a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, incluso aunque ésta mantenga el pleno dominio de aquéllas; b) La adquisición o enajenación de activos operativos esenciales, cuando entrañe una modificación efectiva del objeto social; c) Las operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad. Este Código Conthe entrará en vigencia a partir del año 2008. Ver en: <http://www.economista.es/imag/codigobuengobierno.pdf>

⁵⁹ The Sarbanes – Oxley Act of 2002. Lo interesante de ésta norma es: la exigibilidad de un mayor número de miembros independientes que no trabajen ni hagan negocios con la empresa o sus ejecutivos. Además los comités de auditoría de los directorios deben de incluir al menos un experto en finanzas que debe revisar las declaraciones financieras cada trimestre después de que el presidente ejecutivo y el director financiero

cual surge como producto de los escándalos contables en EEUU y empieza a tener efectos globales. Los códigos de buenas prácticas recomiendan unánimemente: **i).**- Cambios en la composición de los consejos de manera que aumente en ellos la presencia de consejos externos, es decir, distintos de aquellos que pertenecen al consejo por su condición de directivos de la empresa. Especial atención ha tenido el recomendar la figura del consejero externo independiente, no sólo ajeno al equipo directivo sino a cualquier relación mercantil con la sociedad, y a quien se encarga la participación más atractiva en la supervisión del equipo directivo; y **ii).**- la apuesta casi generalizada por la maximización del valor de las acciones y la creación de valor para el accionista, como misión última de la sociedad. La supervisión, evaluación y retribución del equipo directivo se harán atendiendo a este objetivo.

Qué duda cabe, la importancia de la expresión confianza dentro del marco del gobierno corporativo, por ello nosotros debemos de tratar que esta no se pierda, pues no se puede devolver de la noche a la mañana esa confianza. Requiere, por tanto de la convergencia de muchas iniciativas y la conjunción de esfuerzos tanto del sector público como del sector privado (es en esta última en que sobresalen los compromisos que voluntariamente decidan adoptar las empresas). Todos estos son los elementos con lo que al final se construirá el buen gobierno corporativo, a cuyo ámbito se ciñe el presente punto.

Y, ¿Cuál es la consecuencia que trae que los grupos de sociedades adopten medidas de gobierno corporativo?. Sin duda, estos tiempos esta caracterizado por la progresiva toma de conciencia de que el buen gobierno corporativo sale a cuenta y de que es una inversión altamente rentable en el futuro. El creciente activismo de los inversores institucionales⁶⁰ (Por ejemplo AFPs), y la existencia de evidencia empírica cada vez mas

los certifican. Por eso, cumplir con éstos estándares forzará a muchas empresas a cambiar drásticamente la composición de sus directorios.

⁶⁰ *“En los países anglosajones los inversores institucionales, fondos de inversión y de pensiones, compañías de seguros, concentran una parte muy importante de las acciones emitidas por las sociedades cotizadas en Bolsa. Por ello, la principal contribución de los inversores institucionales sobre todo en los EEUU es la de dar un empuje al funcionamiento del mercado de control, a través de influir en los equipos directivos para evitar que levantaran barreras con el propósito de dificultar la adquisición externa de la empresa.”* Ver en: MACEY, J. “Measuring the Effectiveness of Different Corporate Governance Systems: Towards a More Scientific Approach”. Journal of Applied Corporate Finance. Invierno 1998. Pág. 23. **En EEUU**, la participación de los inversores institucionales en el gobierno de la empresa ha sido sobre todo a través de la venta de acciones, sin apenas involucrase en la supervisión, consejo u orientación de los equipos directivos (voz). Las razones que se han dado para explicar estas prácticas son diversas:

1. Los inversores institucionales operan en un entorno competitivo. Por ello, los inversores que compran participaciones en los fondos esperan que los gestores de estos fondos inviertan los recursos recibidos, de manera que resulte una cartera diversificada en la que se elimine el riesgo

elocuente acerca de que el gobierno corporativo es, en verdad, “una estrategia de creación de valor⁶¹” (Conde Granados, 2008, p. 352) y el sufrimiento en la pérdida de ventajas competitivas en la captación de fondos del público por parte de las empresas más renuentes a los nuevos estándares han determinado un cambio estratégico, el mismo que se está comenzando a advertir en el horizonte de nuestro mercado. Tenemos como ejemplos de grandes grupos económicos que han adoptado compromisos muy fuertes con el gobierno corporativo y que son: Endesa, Banco Continental, Repsol YPF, etc.

Antes de comenzar a tratar sobre la relación que existe entre los gobiernos corporativos y los grupos de sociedades es necesario primero acercarnos a ver cuáles son las formas en que cada empresa puede diseñar su marco de gobierno corporativo. Por ello, la arquitectura de cualquier sistema de gobierno corporativo estaría conformada por dos ejes:

- 1.- **Un eje horizontal a la que llamamos Gobierno Corporativo Institucional.-** Impuesto desde fuera por el sistema jurídico y la red de instituciones de un determinado país; y
- 2.- **Un eje vertical a la que denominamos Gobierno Corporativo Contractual.-** Asumido voluntariamente desde dentro por cada empresa⁶²

específico de cada empresa incluida en la misma. El tipo de habilidades que se requieren para gestionar las carteras con este fin son muy distintas de las que se necesitan para ofrecer sugerencias y consejos a los directivos de las empresas. Y si las habilidades son distintas, no puede hablarse de sinergias en la participación de los inversores institucionales en la gestión y gobierno de la empresa.

2. Si un inversor institucional se involucra en la supervisión y control de una empresa y con ello se logran mejoras en la gestión y en los resultados, estas ganancias se compartirán con otros accionistas y, en particular, con otros inversores institucionales.
3. Los inversores institucionales tendrían que sacrificar liquidez a cambio de tener más voz en el gobierno de las empresas, pues si optaran por la voz, a través de tener una representación en el consejo, ello les daría acceso a mucha información pero al mismo tiempo inmovilizaría su participación accionarial en la empresa. En efecto, si en un momento dado el inversor decidiera vender las acciones, el mercado interpretaría esa decisión teniendo en cuenta su condición de accionista informado y penalizando el precio de las acciones de la empresa.

⁶¹ “El análisis económico del derecho, los grupos de sociedades y su relación con el gobierno corporativo en la creación de valor de las empresas”. Ver en: Derecho de sociedades y gobierno corporativo. Editorial GRIJLEY. Lima, Perú. 2008. Págs. 352 y sgtes.

⁶² Otros hablan de “gobierno corporativo externo” y de “gobierno corporativo interno” o, en términos algo más confusos, de “gobierno corporativo a nivel país” y de “gobierno corporativo a nivel de empresa”. Ver por ejemplo en: **Allayannis, G. y Miller, D.** “Corporate Governance and the Hedging Premium Around the World”. Octubre 2003. Pág. 13 y sgtes, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=460987>

Dichos ejes se encuentran bajo una evidencia sistemática, dicha evidencia se rige bajo una serie de términos estadísticos y con los cuales podemos decir que el gobierno corporativo si paga. Sin embargo, para el objeto de la presente tesis, sería necesario desarrollar un poco más el segundo eje, y que es a la larga con la que la empresa se va a desenvolver hasta el final de sus días, es decir dicho eje corporativo va a ser propio de la empresa, nace de su mismo seno en base a sus elementos, agentes, sistemas de las cuales se componen dicha empresa. Por ello, es importante identificar aquellos instrumentos de medición que ayudarán a que dichas corporaciones fijen su gobierno corporativo y que hacen que con la adopción de dicho gobierno gracias a estos instrumentos de medición, haga que dicha empresa sea efectiva es decir pague.

2.4.5.1. Gobierno Corporativo y Control Corporativo

En la actualidad encontramos distintos tipos de organizaciones empresariales como pueden ser: sociedades anónimas convencionales, sociedades anónimas abiertas, sociedades de responsabilidad limitada, empresas de propiedad de empleados, empresas de propiedad estatal y porque no incluir también los grupos económicos, todos éstos tienen a mi entender dos características trascendentales y que son: “1.- forma de estructura de la propiedad y 2.- Forma de ejercicio del control de la gestión” (Conde Granados, 2007, p. 45):

Las sociedades anónimas abiertas en los Estados Unidos, por ejemplo, se caracterizan por tener la propiedad desconcentrada, una participación importante de accionistas minoritarios y un activo “mercado por control corporativo”, esto es, frecuentes luchas por adquirir participaciones que permitan definir ciertas líneas estratégicas. En Alemania, por otra parte, la propiedad es concentrada, la participación de los accionistas minoritarios en la toma de decisiones es muy limitada y los bancos participan fuertemente en la Administración y propiedad de las empresas. Los sistemas de gobierno corporativo en Japón se ubican entre los 2 extremos recién mencionados. Los países latinoamericanos, por su parte, presentan frecuentemente estructuras de propiedad muy concentrada. Es así como la mayoría de las sociedades anónimas abiertas en Chile pertenecen a conglomerados, que en general poseen una estructura piramidal y tienen controladores que poseen altos porcentajes de su propiedad accionaria. En México, también se usan los esquemas piramidales de empresas, con fuerte concentración accionaria, aunque se hace un uso más frecuente de acciones con dos clases de control. En un caso muy similar al de México, en Brasil, la propiedad también está muy concentrada y las empresas hacen un

uso intensivo de las acciones duales con derechos de votos preferentes. Estas acciones duales representan el mecanismo más frecuentemente utilizado para separar la propiedad del control (Tarjizan y Paredes, 2003, pp. 36-37)⁶³.

Como podemos ver, el control y las estructuras de propiedad obedecen mucho a los criterios diferentes de organización en el cual se vea involucrado, es decir que la intervención de distintos modelos de organizaciones traen consigo tantos costos como beneficios diferentes, esto quiere decir que los costos y beneficios se refieren:

Fundamentalmente, a la distinta capacidad de monitoreo y control, lo que influye sobre la posibilidad de alinear los objetivos de los diferentes agentes con los objetivos de los dueños de la organización, con el acceso al mercado financiero y con el grado de responsabilidad de los dueños (Tarjizan y Paredes, 2003, p. 37).

Ejemplos claros los tenemos en los grupos económicos familiares en donde la maximización de la utilidad depende del dueño y el administrador en donde muchas veces tienen una misma dirección en base a la afinidad, lo que a veces no sucede con las sociedades anónimas tradicionales o los que cotizan en bolsa ya que hay la necesidad de establecer y jerarquizar el tema de la propiedad y el control es decir, que los costos como por ejemplo de “vigilar” a los administradores hacen que los intereses de los dueños y los de los administradores no siempre sean coincidentes.

En conclusión vemos que la estructura de propiedad es el factor clave del gobierno corporativo.

2.4.5.2. Los Grupos Familiares y el Gobierno Corporativo.

Durante los últimos tiempos, el tema del gobierno corporativo se ha convertido en uno de los elementos centrales en la agenda económica no solo de las empresas sino también del propio país. Las deficiencias que se han venido dando en los métodos tradicionales de gestionar las empresas, así como también en el control de la toma de decisiones a favor de los intereses de los accionistas (generalmente propietarios o accionistas mayoritarios), han impulsado medidas destinadas a mejorar el control (tanto interno y sobre todo

⁶³ Estos autores citan en este punto a Lefort, Fernando y Walker, Eduardo “Corporate Governance: Challenges for Latin America”. Abante, Studies in Business Management. Vol. 2. N° 2. 1999 a. Octubre/Abril.

externo) del gobierno de las compañías para ponerlo de tal manera al servicio de sus legítimos propietarios e inversionistas y de la sociedad en general.

Es en este contexto en que los grupos económicos familiares (en donde también se incluyen a las empresas familiares) siendo estos símbolos de lo que es la mayoría del complejo empresarial a nivel mundial, deben estar a la vanguardia de la introducción de las iniciativas precisas para lograr el mayor alineamiento posible entre la gestión de las compañías, los órganos de administración como máximo órgano de gobierno, y los derechos legítimos de los dueños es decir los accionistas, a cuyo servicio deben atender en última instancia todas las decisiones que se adopten en el ámbito las corporaciones. Esto último es un punto esencial que se suele olvidar y pasar por desapercibido con demasiada frecuencia.

Desde esta perspectiva los grupos familiares presentan singulares problemas no solo en la transmisión del control y administración entre sus familiares los mismos que integran el grupo sino también problemas de agencia. Se corre el riesgo cuando la propiedad y la gestión no coinciden, produciéndose una tendencia de los agentes (gestores) a primar una serie de objetivos empresariales que no siempre coinciden con los del principal, es decir los propietarios. Esta es una tendencia que se presenta en todas las corporaciones modernas a la que no escapan las de naturaleza familiar. En ellas, la complejidad de la estructura societaria y la tendencia a la profesionalización externa generan ventajas de eficiencia claras pero también hay costes de control que es necesario eliminar o, al menos, corregir.

Asimismo, no hay que dejar de mencionar ciertos aspectos importantes como son la tradición y la continuidad, la visión a largo plazo de los mercados, clientes y negocio, junto a la vinculación con las sociedades donde se implantan y la flexibilidad ante diferentes entornos, todos estos aspectos destacan en la figura de un grupo empresarial familiar. Por ejemplo, en España existen en la actualidad cerca de un millón y medio de empresas familiares (entre grupos y empresas propiamente dichas del tipo familiar) que generan 2/3 del Producto Bruto Interno y el 80% del empleo privado. Adicionalmente, la empresa familiar tiene retos muy específicos, y cuanto más internacional se hace mas complejas y dinámicas se vuelven, aquí algunas cuestiones a tratar:

- Cómo incrementar el capital o establecer alianzas manteniendo el control familiar.
- Cómo retener y captar directivos no familiares de la calidad necesaria.

- Cómo gestionar la sucesión y cómo compaginar los intereses de grupos familiares cada vez más extensos.
- Cómo hacer frente a los retos del crecimiento, tanto en el terreno financiero como en la atracción de talento o la adaptación de los procesos y las estructuras organizativas.

Por ello, a mi entender las claves para afrontar estos retos son dos: el buen gobierno corporativo y el impulso continuo a la innovación, dichas claves se encuentran muy relacionadas entre si buscando siempre el desarrollo empresarial en este caso de los grupos familiares.

Para concluir, tenemos que entender que acompañando a los aspectos de la tradición y la continuidad señalados líneas arriba, se encuentran también dos elementos muy necesarios y que son la base de cualquier sistema de buen gobierno corporativo y que son los valores y la cultura, dichos fundamentos son rasgos muy particulares en una empresa familiar.

2.4.5.3. Instrumento del análisis de eventos.

Lo que se busca con los eventos es determinar el impacto que tiene en el precio de la cotización de un valor con el anuncio de la adopción de medidas o reformas de buen gobierno (o, en su caso de mal gobierno), sin necesidad de que dicho grupo o empresa no cotice en Bolsa. Este instrumento de análisis es muy utilizado en la investigación financiera empírica. Finalmente, el análisis de eventos (como por ejemplo el ingreso de un socio financiero, o que los insiders tienen información privada acerca de proyectos de la empresa, etc.) por otra parte, tiene siempre el *handicap* de no capturar más que las reacciones que se desencadenan de inmediato y no las que pueden producirse a mediano y largo plazo⁶⁴.

⁶⁴ Ver por ejemplo los trabajos en esta línea de investigación: Baghat, S. y Romano, R. “Events Studies and the Law. Part. II: Empirical Studies of Corporate Law”, working paper num. 00-33 del Yale International Center for Finance, Abril 2001. Pág. 26 y sgtes, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/SSRN_ID268285_code010409500.pdf?abstractid=268285 , y Hermalin, B.E. y Weisbach, M.S. “Board of Directors as an Endogenously Determined Institution: A Survey of Economics Literature”. En Economic Policy Review. Abril 2003. Pág 7 y sgtes, disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/000619306.pdf?abstractid=233111>

2.4.5.4. Retornos de Inversión durante un largo plazo.

El procedimiento usual que se utiliza para poder medir el retorno de una inversión en un mediano plazo es hacerlo mediante la construcción de un *índice de buen gobierno* atribuyendo puntuaciones ponderadas a las distintas variables, seleccionar una muestra amplia de empresas, analizar dichas empresas con arreglo al índice y ordenarlas dentro de un *ranking* de gobierno corporativo. Por ello, una vez fijado estos presupuestos, pues lo siguiente sería tratar de comprobar el retorno o rendimiento de los valores (pueden ser acciones) correspondientes a las empresas situadas en distintos escalones del ranking a lo largo del periodo de observación (cuanto mayor sea, es mejor). Si se advierte de la lectura de dicho análisis diferencias significativas a favor de las mejores situadas, entonces podemos decir que el gobierno corporativo sí paga. Este punto se realiza gracias a una investigación empírica.

2.4.5.5. Examinar relación de valor de mercado vs. Valor de libro.

Este punto a examinar tiene que ver mucho con las empresas que cotizan en bolsa, mientras que los otros dos puntos desarrollados anteriormente no requiere de dicha condición. Dicho método consiste en obtener el *price to book ratio*, y que surge después de calcular la razón entre el valor bursátil y el valor contable. Este es un método apropiado para ello pues el verdadero tesoro de una empresa es el que se esconde tras el diferencial entre valor de mercado y valor en libros. Ahí están todos los intangibles, las expectativas, los proyectos, el *good will*, etc. La fórmula para poder efectuar dicho análisis es la siguiente: “sustituir el ratio valor de mercado / valor en libros por el ratio que sale de dividir el valor de mercado del capital más el valor de mercado de la deuda por el valor de reposición de los activos”⁶⁵ (ésta es la famosa “q” de Tobin).

Como hemos podido apreciar del estudio de estos métodos de valorización, el simple hecho de mantener una buena política de gobierno corporativo, pues nos tendrían ya sea al corto, mediano o largo plazo un beneficio importante y que es la maximización del valor de la empresa en su conjunto (ya sea una sola o en todo caso un grupos de sociedades).

⁶⁵ Cuando no hay datos disponibles sobre el valor de reposición de los activos o el valor de mercado de la deuda, pueden tomarse como aproximaciones muy fiables al valor en libros de la deuda y el valor en libros de los activos. Asimismo, Ver en: Brealey, R. y Myers, S. “Fundamentos de financiación empresarial”. Tratado Especial. 2 da. Edición. Madrid, 1991. Págs. 643-644.

Sin embargo, no todo es sencillo ya que al momento de establecer un índice de gobierno corporativo (en este caso en un grupo de sociedades), dicha construcción va a tener que ceñirse o va a tener que considerar las siguientes variables o materias: i).- derechos de los accionistas (sobre todo protección a los accionistas minoritarios), ii).- Rangos de medidas anti-opas (tácticas para demorar ofertas hostiles, mecanismos defensivos), iii).- Transparencia en materia de gobierno corporativo, iv).- Estructura y funcionamiento del consejo de administración y v).- Paridad de Propiedad⁶⁶. Dichas variables pueden ser corroborados con el *Investor Responsibility Research Center* (IRRC), en donde se publican listados muy detallados de las normas de gobierno corporativo de las más importantes firmas americanas (cubre el 93% de la capitalización combinada de NYSE, NASDAQ y AMEX).

Por ello, nosotros consideramos mejor la aplicación del eje contractual frente al eje institucional, ya que estas últimas no se encuentran en manos de las empresas y de otros agentes del mercado, mientras que las primeras si se encuentran dentro del ámbito de las empresas y por lo tanto conciernen directamente a estas mismas la búsqueda y aplicación de un buen gobierno corporativo.

En el caso peruano, la adopción de los Principios de Buen Gobierno para las Sociedades Peruanas⁶⁷ por parte de las empresas o grupos empresariales (grupos de sociedades) tanto nacionales como extranjeros que vienen a invertir en el país, no han tenido aun un gran impacto no solo en el Mercado de Valores peruano sino también en la economía en general. Al igual que en España, las empresas que simplemente anunciaron una reforma parcial o la adaptación puntual a alguna de las 23 recomendaciones contenidas en el Código de Olivencia, apenas pudieron mover el valor agregado (es decir casi imperceptible). Por ello, concordamos con lo dispuesto por Fernández y Gomez:

El mercado valora positivamente los anuncios que suponen una apuesta decidida por reformar y mejorar la estructura de gobierno corporativo, pero no aquellos anuncios que

⁶⁶ **La Paridad de propiedad.**- Persigue calibrar el grado de proporcionalidad que existe entre derechos políticos y derechos económicos de los grupos de control (se trata, en definitiva, de ver en qué medida el mayor accionista de la compañía utiliza estructuras piramidales o participaciones cruzadas para controlar mas votos de los que tiene directamente). La importancia de esta variable es crucial desde el punto de vista del gobierno corporativo. Ver mas en: Claessens, V. y Lubrano, M. "Corporate Governance Reform Sigues in the Brazilian Equito Markets". 2002. Disponible en: <http://rru.worldbank.org/documents/>. Por ello, los incentivos para la expropiación de accionistas minoritarios crecen a medida que se abre la brecha entre los derechos de voto y los derechos sobre los flujos de caja (presencia de la figura de los Squeeze – Offs)

⁶⁷ "Principios de Buen Gobierno para las Sociedades Peruanas". Dada por la CONASEV en julio de 2002.

simplemente se limitan a adoptar ciertas prácticas puntuales sin que las medidas se integren en un proceso más profundo de los órganos de gobierno. (p. 29)

Por esto, el objetivo en el caso peruano es hoy por hoy tratar de que las propias empresas hagan crecer su valor y así ser más competitivos y atractivos para la atracción de inversión y reducción de costos de capital. Los inversores, que quieran canalizar sus fondos hacia ellas, pues necesitan de algún apoyo institucional, que ayude a coordinar el proceso y a infundirle credibilidad. Hace falta que alguien se ocupe de gestionar la demanda de gobierno corporativo y de trasladarla a la oferta, quien sabe CONASEV, sería aquella institución que pueda hacer todo esto, sin embargo hay veces en que dicha institución se queda corto, al momento de incentivar o promover dicha prácticas de Buen Gobierno. Por ello, quien sabe necesitaría la colaboración de todos (de la propia Bolsa de Valores, de la asociación de inversores institucionales o del propio gremio empresarial), ya que con la fuerza de todos, pues se podría crear un Ente respaldado por todos y quien sabe controlado por CONASEV. Por ello, concordamos con lo señalado por Klapper y Love (2002):

Nuestro resultado tiene implicancias políticas. Aunque la tarea de reformar los derechos de protección del inversor y la calidad del sistema judicial es difícil, lenta y requiere el apoyo de la clase política y grupos de intereses, la mejora del gobierno corporativo a nivel de empresa es un objetivo alcanzable. Nuestro resultado es que incluso antes de la reforma legal y judicial, las empresas pueden reducir su coste de capital estableciendo medidas de protección de los inversores creíble. Nuestro trabajo propone que las empresas en países con pobre protección del inversor pueden usar sus estatutos para mejorar su gobierno corporativo, lo cual puede mejorar su performance y su valoración (p. 22).

Asimismo, el tema de gobierno corporativo debería ser inculcado como una Cultura Empresarial, ya que ayudaría a precaver desastres como lo ocurrido en Estado Unidos y Italia (caso Parmalat). Por eso, esa cultura creemos nosotros que se podría comenzar inculcándolo desde las aulas universitarias como por ejemplo colocar el tema de los gobiernos corporativos como un Curso académico en las Facultades Universitarias (creemos nosotros que podría llevarse en Facultades tales como Derecho, Administración, Contabilidad y Economía) para que en un futuro los jóvenes que egresen estén más relacionados con el tema, y con ello ayudaríamos a que dichos Principios de Buen Gobierno pues se haga más conocido a la luz de todos.

Sin duda no debemos de dejar de nombrar aquellos temas que significan el común denominador en los diferentes códigos o documentos que rigen los principios de las prácticas de buen gobierno corporativo en los diferentes países del mundo y que son los de Transparencia y derechos de los accionistas en los grupos de sociedades, así como sus respectivas condiciones que ayuden a un efectivo cumplimiento de dichas prácticas. Tomaremos para nuestro caso, lo dispuesto por el Código u Informe de Olivencia, en donde a pesar que nuestro país últimamente está contando con estructura de propiedad muy concentrada, el desafío fundamental por tanto sería la de contar con una política de buen gobierno, en donde se establezca la protección de la integridad de las inversiones de los minoritarios frente al riesgo de expropiación o riesgo de distribución asimétrica del valor creado⁶⁸ dentro del grupo de sociedades. Es por ello que se obliga en el campo del derecho de los accionistas, concentrar nuestra atención en las siguientes cuestiones: i).- Reforzamiento de los deberes fiduciarios de los administradores y accionistas de control en casos de conflicto de interés (operaciones vinculadas, uso de activos sociales, etc.), ii).- Elevación de la tutela de los accionistas minoritarios en las transacciones de transferencia de control (por ejemplo, reconociendo a su favor derechos de venta conjunta *tag along* o suprimiendo barreras a las OPAs) y en situaciones donde haya riesgo de disminución del valor de sus participaciones (por ejemplo, reforzando el derecho de suscripción preferente en nuevas emisiones, etc.) y iii).- Promoción de la participación de los minoritarios en los procesos de decisión y control de la compañía o del grupo, neutralizando la fuerza matemática de los accionistas de referencia (a través, por ejemplo, de la obligación de abstención o de proceder a votaciones separadas en transacciones que puedan plantear conflictos de intereses) y articulando medidas que puedan favorecer la implicación de los inversores institucionales, fundamentalmente, los fondos de

⁶⁸ Generalmente existen autores que vienen recomendado que los Códigos de Buen Gobierno de los países emergentes deben asumir como objetivo fundamental “prevenir la expropiación del accionista”, al objeto de que la “educación del inversor”. Ver en: **LOKE**, A. “Law & Economics Approach to Reforming Asian Corporate Governance”. *Company and Securities Law Journal* N° 20. 2002. Pág. 270. Citado por Candido Paz – Ares en: “El Gobierno Corporativo como estrategia de creación de valor”. Barcelona, España. Enero 2004. Pag. 29.

pensiones⁶⁹ en los órganos de la sociedad⁷⁰. Y, en el campo de la transparencia, los aspectos mas importantes a tener en cuenta serán: i).- La información sobre la estructura de propiedad, incluyendo los pactos parasociales y sobre el grado de disparidad entre derechos económicos y políticos, asimismo las participaciones cruzadas, control piramidal y demás técnicas que formal o materialmente alejan a la compañía del estándar “una acción, un voto”; ii).- La revelación pública de las operaciones vinculadas y transacciones sobre títulos de la compañía llevadas a cabo por los insiders; y iii).- Los estándares contables, el *timing* de la información financiera y las prácticas de auditoría. Y, finalmente las condiciones en los que se puede asegurar el éxito de la empresa o grupo empresarial cuando aplique un buen gobierno corporativo, y son las que señala el Dr. CANDIDO PAZ-ARES: I).- Benchmarking de autoridad; ii).- Implementación reforzada;

⁶⁹ En el Perú, el Artículo 94° del Reglamento de la Ley del Sistema Privado de Pensiones, Decreto Supremo N° 004-98-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 182-2003-EF, regula la **Elección de representantes para el ejercicio de derechos y obligaciones derivados de las inversiones realizadas con recursos del Fondo**

Artículo 94.- Las AFP deberán designar representantes a efectos de que se ejerzan, a nombre del Fondo, los derechos y obligaciones que se deriven de las inversiones realizadas con los recursos del Fondo en acciones, valores representativos de derechos sobre acciones en depósito inscritos en bolsa de valores y otros valores que otorguen derechos patrimoniales. Los referidos representantes velarán por la defensa de los derechos que corresponden al Fondo, con independencia de los intereses de las AFP, se sujetarán a las

prácticas de buen gobierno corporativo y propiciarán la adopción de éstas en los órganos de gobierno en los que ejercen el encargo. Asimismo, en el cumplimiento del encargo, los representantes están obligados a pronunciarse respecto de los asuntos que sean sometidos a discusión, dejar constancia de su voto en las respectivas actas e informar a la AFP el resultado de su gestión. Las AFP deberán conservar, a disposición de la Superintendencia, los referidos informes. La Superintendencia reglamentará las demás condiciones a que se someten los representantes señalados en el presente artículo, las reglas que éstos deben observar en la elección de directores en sociedades cuyas acciones hayan sido adquiridas con recursos del Fondo, así como en las sanciones aplicables en caso de incumplimiento. En todo caso, en la elección de directores, los representantes se encuentran impedidos de votar por candidatos que sean accionistas, directores, gerentes o trabajadores de una AFP.

Como podemos ver, la norma en vez de ser promotora cae en ser una norma limitativa ya que pone una traba en el ejercicio de un derecho (y que es el derecho que representa a todos los afiliados) en donde siendo la AFP una entidad administradora privada de pensiones no goce con la facultad de pertenecer a dicha sociedad en la administración. La norma solo le da facultad de elegir a terceros que no tienen el mismo compromiso o interés frente a los afiliados. Para nosotros la supervisión de esos fondos debe recaer en manos de funcionarios de las mismas AFPs, ya que son ellos (los funcionarios de inversiones de las AFPs) los que tendrán una mayor visión de los negocios en donde invierten el dinero de cada uno de los afiliados, en cambio esto no sucedería con aquellos terceros (directorio o gerentes) que pudiendo tener ellos conocimiento acerca del negocio, pues no le darían la debida COGNOTACION, que si le daría un funcionario de inversiones de las AFPs, ya que el negocio de éstos es que dicha inversión no solo crezca y gane los afiliados, sino que ganen y subsistan ellos también. Sin embargo, tal como dice el Dr. Payet: “Más le preocupa al regulador el temor de que las AFPs utilicen los derechos políticos de las acciones como palanca para beneficiar al propio grupo, que incentivarlos para que promuevan el buen gobierno corporativo del grupo”. Por tanto, se necesita urgente dar una modificación a dicho dispositivo legal.

⁷⁰ Ver en: “*White Paper on Corporate Governance in Latin America*”, elaborado bajo el patrocinio de la OECD, por la Latin American Roundtable on Corporate Governance y recientemente publicado por el CCNM. Paris, Francia. Octubre de 2003. Págs. 16 – 17.

iii).- Visualización competitiva; y iv).- Credibilidad en el *enforcement*⁷¹, éste último cabe subdividirlos en: a).- El *enforcement* reputacional, b).- El *enforcement* institucional y c).- El *enforcement* jurídico.

2.4.6. Problemas que se presentan con respecto a la Licitud del comportamiento de los Grupos.

2.4.6.1. Posibilidad de actuaciones abusivas respecto de los Accionistas Externos

A) Mercado de Control. Controles Externos.

Tanto la sociedad (sea dominante o dominada) que conforma un grupo de sociedades que cotiza en Bolsa como aquellas que no cotizan, tratan de alguna manera que sus sociedades de las cuales se componen no tengan problemas frente a un posible inversionista que quiera tentar su control.

Por ello, en este punto trataremos de manera muy sucinta la relación que guarda la formación de los grupos de sociedades frente al ataque de un inversionista por obtener el control de dicha sociedad, y con ello la posibilidad de controlar todo un grupo.

El fenómeno de los grupos de sociedades debe de adoptar una conciencia dinámica, esto quiere decir que debe de pensarse en un espíritu formativo en donde los empresarios en su afán de querer conquistar nuevos mercados o de tratar de ganar terreno en el mercado en donde se devuelve ya sea dándole mayor incentivos o diversificando sus operaciones económicas, conciba la idea de un proceso formativo (genético) de Grupo; no solo si dicho empresario contara con una serie de empresas en donde se den relaciones de grupo, sino también optar por el tratamiento de las técnicas de adquisición del control o, en su caso, de organización de la dirección

⁷¹ **Enforcement.**- Ejecución. Aplicación. Acto de hacer cumplir una norma. Ver en: Cabanellas, Guillermo y Hoague, Eleanor "LAW DICTIONARY". Editorial Heliasta. Tomo 1. Buenos Aires, Argentina. 2001. Pág. 268.

unitaria/coordinada como instrumentos para la conformación de la agrupación empresarial y como fundamento legitimador del interés del grupo.

Esta adquisición de control generalmente se va a manifestar ya sea por la compra de valores de empresas listadas en Bolsa o como el simple hecho de hacer ofertas directas a los accionistas integrantes de una sociedad que no cotiza en Bolsa y que desean controlar por parte de los inversionistas. Actualmente, existe mucha información al respecto sobre el tema de las OPAs⁷² que es la forma más común de toma de control en sociedades que cotizan en Bolsa. Asimismo, existen otras dos operaciones que la doctrina toma en cuenta al momento de formular adquisiciones:

LEVERAGED BUY OUT.- “LBO”

Es una OPA en donde las acciones adquiridas se financian casi totalmente con nueva deuda. Es una compra del control de una sociedad financiada por ejemplo mediante la emisión de obligaciones u otras formas de endeudamiento.

⁷² La Oferta Pública de Adquisición de Acciones (OPAs), pueden ser tanto amistosas como hostiles. Estas dos formas de adquisición son llamadas en inglés *“Takeovers”* y *“hostile Takeovers”*. Generalmente, supone la incorporación de activos y pasivos de la sociedad adquirida a la sociedad controlante, perdiendo en la mayoría de las veces su personalidad jurídica. Lo interesante de las OPAs es que es una oferta que se realiza directamente a los accionistas de la otra empresa, sin que haya la necesidad de solicitar la intervención del equipo directivo de la empresa objeto de la oferta y trayendo como consecuencia el beneficio de los accionistas frente a la OPA. Hay que considerar que dentro de las OPAs podemos encontrar: las amistosas en donde los directivos y accionistas de ambas empresas se ponen de acuerdo en el valor de las acciones a adquirir sin que exista de por medio algún tipo de conflictos alguno, y también encontramos las OPAs hostiles. Con relación al término hostil, indica que los directivos de ambas empresas pueden no estar de acuerdo con la operación, por lo consiguiente la única hostilidad se daría únicamente hacía el equipo directivo de la empresa objeto de control. Asimismo, legislación al respecto lo podemos encontrar por ejemplo en: la Directiva N° 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de Abril de 2004, relativa a las Ofertas Públicas de Adquisición; para el caso Español lo podemos encontrar en: el Real Decreto 1197/1991 de fecha 26 de Julio de 1991, mediante el cual aprueban el Régimen de las Ofertas Públicas de Adquisición de Valores. En el caso Peruano lo podemos encontrar en: la Resolución CONASEV N° 630-1997-EF/94.10 de fecha 24 de Octubre de 1997 (Derogado los artículos 1° y 6°) y en la Resolución CONASEV N° 9-2006-EF/94.10 por lo cual se aprueba el nuevo Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores por Exclusión.

MANAGEMENT BUY OUT.- “MBO”

Es una OPA en donde los que realizan la oferta de adquisición de acciones son los directivos de la empresa. Así pasan de directivos a directivos – propietarios.

Entonces, si existe hoy en día a nivel mundial procesos de fusiones y adquisiciones de empresas con el propósito de copar mayor mercado ya sea geográfico o de producto, diversificación de negocios a través del desarrollo de una buena política estratégica decidida en el seno del gobierno corporativo de dichos grupos de sociedades, entonces podemos encontrar que, una de las formas de materializar dichas políticas de inversión la podemos realizar a través del control de empresas (habiendo otras formas como por ejemplo la compra de empresas, escisiones, etc.).

Por ello, el mercado de control⁷³ tiene que ver mucho con la política de la formación de grupos de sociedades, ya que sirve o bien para asentar por completo el control de una sociedad o sociedades y con ello fortalecer al grupo de sociedades⁷⁴, o sino comenzar la política de expansión de dicha sociedad controladora a fin de cumplir con sus objetivos trazados. En la actualidad dicho mercado es uno de los de mayor crecimiento a nivel mundial, pero en el caso peruano no se encuentra aún bien desarrollado el mismo. En este crecimiento se realizan transacciones cuyo resultado final es normalmente un cambio en el equipo directivo, en el consejo de administración y, por lo consiguiente, en la gestión de la empresa. Las operaciones más habituales que se dan como ya hemos visto son: las

⁷³ Traducción directa de “Market for Corporate Control”, como se le denomina en los países anglosajones.

⁷⁴ Debemos de indicar que con el simple hecho de controlar una empresa, podemos presumir la existencia de un grupo, ya que para que quede conformado un grupo tiene que haber mínimo dos sociedades.

Fusiones, las Ofertas Públicas de Adquisición (OPAs) y los “Proxy Contests”⁷⁵.

La existencia del mercado de control de empresas supone una fuente adicional de control de la gestión. La existencia de dicho mercado fuerza al actual equipo directivo a trabajar del modo más eficiente de que es capaz; de otro modo, habrá otro equipo dispuesto a desplazarlo de sus funciones. Cuando un inversor descubre el funcionamiento ineficiente de una empresa esto es, la posibilidad de reestructurarla para hacerla más eficiente y aumentar así mismo su valor, este inversor podrá lanzar una operación de toma de control de la misma mediante una OPA. Y, en donde dicho inversionista deberá pagar un precio superior al actual del mercado para adquirir las acciones que le permitan controlar la empresa.

Y, ¿la OPA hostil cuándo se presenta?, una de las formas en que se puede presentar esta OPA hostil es cuando existiendo una negociación entre los directivos de ambas empresas con relación a la valoración (Fusión) de la empresa a adquirir, esta no se llegue a ningún acuerdo en dichas negociaciones y por lo consiguiente al ver que no aceptan dicha oferta los directivos de la empresa que quieren adquirir una porción de las acciones de dicha empresa harán una oferta pública de adquisición de acciones a los accionistas de la otra. Dicha oferta se denomina hostil porque sólo amenaza como vemos al equipo directivo (pérdida del empleo) de la empresa en donde ostenta las acciones a adquirir.

Tenemos que recordar que sólo las OPAs se presentan contra las empresas que cotizan en Bolsa, y que la toma de control en este caso hostil constituye en principio, un poderoso mecanismo para

⁷⁵ Los *proxy contests*, son las votaciones en la junta general de accionistas para cambiar la composición de los actuales administradores de la sociedad, es decir un grupo de accionistas disidentes presenta una alternativa a la actual administración para cambiar la composición del mismo y la estrategia de la empresa.

disciplinar a la dirección, pues posibilita que alguien que identifique una compañía con pobres resultados, obtenga a cambio una recompensa elevada⁷⁶. Sin embargo, en la realidad se presentan situaciones en que la toma de control hostil puede ser no tan rentable en virtud de lo analizado por GROSSMAN Y HART:

“a).- Casos en los cuales la competencia vendrá de otros compradores que se ponen en alerta cuando se hace la primera oferta y reaccionan con otra superior; la sucesión de ofertas de compra elevará el precio y de nuevo se diluyen los potenciales beneficios de la operación.

b).- Casos en los cuales el potencial comprador puede encontrarse con la respuesta del equipo directivo que, ante el anuncio, real o inminente, reacciona para soltar el lastre que causa la posible ineficiencia (vendiendo las partes menos rentables de la empresa o endeudándose para fortalecer su compromiso con una mejor gestión en el futuro). El valor de la empresa para los accionistas aumenta y previsiblemente rechazarán la primera oferta, obligando al comprador a realizar otra con un precio superior”⁷⁷.

Y, ¿Cuáles son esos mecanismos defensivos por la cual optarían los directivos de la empresa a controlar?

⁷⁶ Por ejemplo: supongamos que una empresa vale “x” bajo la dirección actual, pero si mejora la gestión esa empresa ya no valdrá “x” sino “x+y”. Por ello, si alguien logra identificar dicho hecho, podrá conseguir una ganancia de “y” comprando la empresa por “x” y reemplazando a la vez al equipo directivo. Por tanto, el que toma el control con la compra de la empresa podrá capturar el 100% de la ganancia con su sola iniciativa.

⁷⁷ Revisar: Grossman, S. y Hart, O.: “Takeover Bids, the Free-Rider Problem and the Theory of the Corporation” . Bell Journal of Economics. 1980. Pág. 11. En donde hacen un análisis técnico detallado del argumento sobre la no rentabilidad de las tomas de control hostil.

Pues bien, los directivos en su afán de “atrincheramiento”⁷⁸, pueden optar por los mecanismos de defensa (*blindaje*) frente a las OPAs hostiles, los mismos que son estudiados ampliamente por la doctrina⁷⁹. A continuación mencionaremos los siguientes: **i).**- Aumentar el nivel de endeudamiento para hacer menos atractiva la adquisición, **ii).**- Adoptar estructuras organizativas que hace al equipo indispensable, **iii).**- Invertir en proyectos que son específicos al equipo directivo actual, **iv).**- Limitar el poder de voto de las acciones, **v).**- Introducir píldoras envenenadas “*poisson pills*”⁸⁰.

Danielson y Karpoff, basándose en la presencia de un mercado de control interno y otro externo, apuntada por MANNE, distinguen dos tipos de instrumentos defensivos: 1).- Instrumentos de control externo, que son aquellos que impiden directamente o pueden usarse para impedir adquisiciones hostiles, de manera que influyen principalmente en el mercado de control externo, entre las que se encuentran los *poison pills*, los cheques en blanco a las acciones preferentes⁸¹, o la cláusula de *stakeholder*⁸²; 2).- Instrumentos de control interno, que son aquellos que aumentan el coste de un accionista externo de ejercitar el control o influir en las políticas corporativas y, por lo tanto, que influyen principalmente en el mercado de control interno. Al contrario de las medidas anteriores, estas no afectan directamente al coste de un comprador de acumular

⁷⁸ Este consiste en tomar decisiones explícitas con el propósito de dificultar la efectividad de las ofertas públicas de adquisición, OPA, como mecanismo de control.

⁷⁹ Ver en: Zingales, L. “What Determines the Value of Corporate Votes?”. Quarterly Journal of Economics. 1995. Pág. 110; De Angelo, H. Y Rice, E. “Antitakeover Amendments and Stockholder Wealth”. Journal of Financial Economics. 1983. 11; Garcia Pita y Lastres, José Luis. Op. Cit. Pág. 65 y sgtes.

⁸⁰ Medidas que hacen más difícil y costoso que una empresa sea adquirida por otra. Por su parte Malatesta, P. y Walking, R. en su obra “Poisson Pill Securities: Stockholder Wealth, Profitability and Ownership Structure”. Working Paper. University of Washington. Setiembre 1986; *concluyen que dichas medidas son perjudiciales para los accionistas porque la cotización cae*. Como vemos nuevamente los únicos beneficiarios de dichas medidas son los directivos que protegen su puesta de trabajo a expensas de los intereses de los accionistas.

⁸¹ Esta medida permite que el consejo tenga una gran discreción para otorgar derechos de voto, dividendos y otros derechos a los accionistas preferentes

⁸² Esta disposición permite a los consejeros tener una base legal para rechazar una compra provechosa para los accionistas al considerar sus posibles efectos en otros stakeholders.

un paquete significativo de acciones, pero los costes de control que imponen suponen indirectamente un impedimento a las compras externas para tomar el control de la empresa. Dentro de esta categoría, los autores incluyen, entre otras, la renovación escalonada del consejo⁸³, la cláusula de *fair-price*⁸⁴, los requerimientos de mayorías cualificadas, la presencia de acciones sin voto, o la limitación en el porcentaje de voto que puede emitir un accionista.

Asimismo, se argumenta que:

El comportamiento de accionistas controladores o “*núcleo de accionistas*” en los países de la Europa Continental explica el uso de los mecanismos de defensa, siendo estos presentados para su aprobación como instrumentos de protección del interés general, aunque en la mayoría de los casos defiendan fundamentalmente los intereses de directivos y accionistas controladores. (Cuervo, pp. 84-93)

Para este autor, la existencia de accionistas significativos y la adopción de medidas defensivas han limitado la eficiencia del sistema de gobierno corporativo de los países de la Europa continental. En este sentido, se afirma que:

La presencia de medidas defensivas no solo influye en el mercado de control corporativo externo, es decir, en aquel que hace referencia a la disciplina ejercida por los potenciales compradores de un paquete significativo de acciones, sino, igualmente, en el mercado de control corporativo interno, es decir, en aquel relacionado con los cambios de poder realizados por los actuales accionistas, al influir en las políticas corporativas a través del

⁸³ Esta disposición supone que los consejos no pueden ser renovados en su totalidad, debiendo procederse a dicha renovación en fracciones, normalmente de un tercio o un medio en periodos de tiempo que transcurren entre dos y tres años.

⁸⁴ Esta disposición obliga a un potencial comprador a ofertar, a la totalidad de los accionistas si quiere obtener el control, el precio más alto al que halla cotizado el valor en un determinado intervalo de tiempo

ejercicio de sus derechos de voto en las juntas generales de accionistas. (Danielson y Karpoff, 1998, pp. 347-371)

Siguiendo estos argumentos, se incluye en la evaluación de los derechos de los accionistas:

Los denominados *remedial rights*, como los derechos de voto definidos por las disposiciones estatutarias que regulan su procedimiento, ya que determinan el control de los accionistas sobre los asuntos relevantes de la compañía y, por tanto, el poder que puede ser utilizado con los internos. (La Porta, López, Chleifer y Vishny, pp. 1113-1155)⁸⁵

A continuación, presentaremos dos cuadros que podrían de algún modo resumir tanto el tema de las medidas defensivas como las disposiciones estatutarias defensivas utilizadas por las empresas cotizadas españolas.

MEDIDAS DEFENSIVAS

MEDIDAS DEFENSIVAS	FINANCIERAS	NO FINANCIERAS
Requiere la aprobación de los accionistas	Emisión de acciones con diferentes niveles de derechos de voto.	Disposiciones estatutarias defensivas.
No requiere la aprobación de los accionistas	<ul style="list-style-type: none"> • Cambios en la estructura de capital. • Reestructuración de las inversiones corporativas. • Recompra de acciones con prima (<i>Greenmail</i>). • Activos financieros que conceden derechos especiales a 	<ul style="list-style-type: none"> • Propiedad en mano de los internos. • Litigios con compradores potenciales. • Paracaidas dorados.

⁸⁵ Para mayor información ver en: “Propiedad y Blindaje de las empresas cotizadas españolas 1996 – 2002”. De la Dirección de Estudios y Estadísticas de la Comisión Nacional de Mercados de Valores Español. Marzo 2004.

	sus poseedores ante una situación de lucha por el control (<i>poisson pills</i>).	

Fuente: Comisión Nacional del Mercado de Valores Español. Adaptado de Walsh y Seward.

**DISPOSICIONES ESTATUTARIAS DEFENSIVAS UTILIZADAS POR LAS
EMPRESAS COTIZADAS ESPAÑOLAS 1996-2002**

Límite en el porcentaje de voto	En los estatutos sociales se introduce un porcentaje máximo de votos que puede emitir un accionista (generalmente un 10%) independientemente de poseer una participación superior.
Mayorías calificadas	Los estatutos sociales exigen mayorías superiores a las establecidas en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas para la adopción de los llamados supuestos especiales (emisión de obligaciones, aumentos o reducción de capital, fusión, modificación de estatutos, etc). Generalmente se exige una mayoría entre el 75 % y el 90 % del capital.
Antigüedad como accionista para ser consejero	Los estatutos sociales establecen el requisito de ser accionista durante un periodo de tiempo, generalmente entre 1 y 3 años, para ser consejero.
Antigüedad como consejero para ser Presidente	Los estatutos sociales establecen el requisito de ser consejero durante un periodo de tiempo, generalmente entre 1 y 3 años, para ser presidente y/o vicepresidente del consejo de administración.
Renovación escalonada del consejo.	Los estatutos sociales determinan que la renovación del consejo se realiza de manera escalonada, generalmente en fracciones de un medio, o un-tercio, en periodos de dos años.

--	--

Con relación a la intervención del mercado en la búsqueda de la obtención del control, vemos aquí que el mercado paga primas por conseguir el control de las empresas, primas que no tendrían razón de ser si los directivos/accionistas que controlan la empresa recibieran los mismos beneficios que quienes no controlan. Barclay y Holdernees (1992) encuentran que, “en EEUU, grandes paquetes accionariales se intercambian a precios superiores a los que se pagan posteriormente por acciones que intercambian pequeños accionistas.” (p. 35), lo cual sugiere que los compradores de paquetes de control obtienen beneficios que no son extensibles al resto de accionistas minoritarios. Asimismo, De Angelo y De Angelo⁸⁶ y Zingales encuentran que acciones con beneficios económicos similares pero con derechos políticos superiores se cotizan a precios más altos (aunque las diferencias no son excesivamente grandes). Los premios por derechos políticos varían de unos países a otros, diferencias que han sido interpretados como evidencia de ineficiencias en los mecanismos de gobiernos respectivos⁸⁷.

Como estamos viendo, las adquisiciones se presentan de manera normal dentro de un mercado de control; pero ¿Cuáles son las razones por las cuales las empresas actúan u opten por dicha adquisición?. Bueno, existen muchas razones por las cuales dichas empresas deciden tomar el control de las otras o en su caso decidan solo adquirir paquetes accionariales sin que ostenten el control, pero en esta ocasión solo mencionaremos las que la doctrina

⁸⁶ De Angelo, H. y De Angelo, L. “Managerial Ownership of Voting Rights”. Journal of Financial Economics. 1985. Pág. 14.

⁸⁷ Zingales, L. en “The Value of the Voting Right: A Study of the Milan Stock Exchange Experience”. The Review of Financial Studies. 1994. 7. estima un premio del 82% en Italia, cifra que sugiere una elevada ineficiencia del sistema de gobierno empresarial en Italia, aunque no tanto se ha demostrado en Rusia con las privatizaciones.

considera como más trascendentales y que son: i).- Mejora de la eficiencia conjunta, no es porque antes de la adquisición estuvieran mal dirigidas sino porque operando juntas obtienen un mayor resultado; ii).- Mala gestión directiva en la empresa adquirida, en donde solo se desprenden a los directivos ineficientes a través de una OPA y que traen como consecuencia dos (2) eventos positivos: a).- Que los directivos eficientes se esforzarán más en su desempeño y b).- Que los directivos ineficientes buscarán otro trabajo acorde con sus características; iii).- Razones fiscales, una empresa que genera beneficios puede estar interesada en la compra de otra con pérdidas acumuladas para beneficiarse de la reducción de impuestos correspondientes; iv).- Diferencias en la información disponible por distintos equipos directivos; v).- Motivaciones no económicas del equipo directivo, en donde prima la preferencia de los directivos por dirigir una empresa más grande, lo cual aumenta su poder y prestigio (Vanidad); vi).- Expropiación de los obligacionistas, y vii).- Razones validas solo en mercados ineficientes.

En conclusión, hay que tener en cuenta que la principal idea que debe contener una legislación en materia de regulación de mercados de control es la de proteger al accionista minoritario y evitar la formación de poderes monopolistas. Pero, esta idea no solo se debe de aplicar a una regulación de mercados de control sino también se puede regular a través de la creación de una ley de grupos de sociedades, en donde tenga por objeto complementar a la anterior, y buscando con ello la armonía en sus normas. Es decir por ejemplo, a través de la búsqueda de un concepto claro de control, de un concepto de grupos de sociedades, de la responsabilidad existente en el grupo (tema que se abarcará más adelante).

Cabe mencionar que actualmente, el Perú no es un mercado con elevada concentración accionarial (es decir que no se presentan a menudo OPAs como si se puede apreciar en otros países) de su grandes empresas pero sin embargo el camino está marcado y es hacia allá a donde vamos, puesto que ese camino tiene una tendencia hacia un modelo de control desde dentro con mayor peso de las participaciones accionariales en poder de otras empresas, al mismo tiempo que se reduce el número de sociedad independientes o en su caso vinculadas a través de propiedad.

B).- Breve análisis de la relación existente entre la figura de los Squeeze Outs con los Grupos.

Se denominan *squeeze – outs*⁸⁸ a aquellas transacciones u operaciones societarias promovidas por el accionista de control con el fin de excluir de la sociedad a los accionistas minoritarios. Tomando la experiencia española, enseña que el ambiente natural de esta figura se encuentra en los grupos de sociedades, que la suelen utilizar para depurar las filiales de accionistas externos y ponerse en condiciones de planificar su estrategia empresarial única y exclusivamente en función del interés del grupo. Pero, también se valen de ella con alguna frecuencia las sociedades cotizadas que se hallan en proceso de vuelta al origen o going – private tras una OPA, un LBO⁸⁹ o una operación familiar, e incluso puede ser utilizado en el seno de empresas privadas grandes, medianas y pequeñas al objeto de atajar conflictos intracorporativos o de prevenir el riesgo de que se produzcan en el futuro⁹⁰. Por tanto, como señala el Dr. Candido Paz Ares: “el objetivo de los *squeeze – outs* es siempre el mismo: la

⁸⁸ **Squeeze-Outs.**- Maniobra societaria destinada a excluir a los socios minoritarios o a limitar sus derechos. Ver en: cabanellas y hoague “Law Dictionary”. Editorial Heliasta. Tomo I. Buenos Aires , Argentina. 2001. Pág. 709.

⁸⁹ **LBO.**- Siglas que hace referencia a la expresión en ingles *Leveraged – Buy – Out*, que es una OPA con la particularidad de que las acciones adquiridas se financian casi totalmente con nueva deuda.

⁹⁰ Para mayor información ver en: Candido Paz – Ares. “Aproximación al Estudio de los Squeeze – Outs en el Derecho Español”. <http://www.uria.com/htm/esp/publicaciones/actualidadjca/n3/art03.pdf>

centralización de la totalidad del capital en una sola mano. Y el instrumento, también siempre es el mismo: la expropiación de los minoritarios, que tiene lugar a través de la sustitución forzosa de su derecho de participación por una compensación en metálico”⁹¹. Hablamos de una compensación, en el sentido de tratar de establecer un valor real por el derecho a apropiarse de la acción o acciones cuyos tenedores fueron accionistas minoritarios, el mismo que podría equivaler a un 10% siguiendo el criterio indemnizatorio propuesto por el Anteproyecto de Código de Sociedades Mercantiles, en su artículo 572°.

Por ello, la justificación de los *squeeze – outs* radica cuando afecta a una fracción mínima del capital social, que bien podría alcanzar hasta el 5% o 10%. Asimismo, el Derecho Comparado ha habilitado expresamente a los *insiders*⁹²(directores) en el control para acordar la exclusión de minoritarios a cambio de una adecuada compensación, incluso sin su consentimiento mayoritario⁹³. El Derecho Español por ejemplo avanza en la misma dirección que los demás países con relación a esta figura, tal como lo prueba la reciente aprobación del *Anteproyecto de Código de Sociedades Mercantiles* por parte de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, cuyo artículo 572° señala lo siguiente:

1. *“La persona o sociedad dominante podrá adquirir, bien directamente o por medio de sociedades dominadas, la*

⁹¹ El subrayado es nuestro. Ver en: CANDIDO PAZ – ARES. “Aproximación al Estudio de los Squeeze – Outs en el Derecho Español”. <http://www.uria.com/htm/esp/publicaciones/actualidadjca/n3/art03.pdf>

⁹² **INSIDERS.**-- Persona que en razón de sus relaciones o posición dentro de una empresa tiene información sobre ésta de la que no dispone el público en general.

⁹³ Debemos de señalar que el derecho de la mayoría a excluir una minoría residual se encuentra reconocido en la mayor parte de los países de la Unión Europea, como por ejemplo: Holanda, Francia, Austria, Gran Bretaña, Italia, si bien en los tres últimos esa posibilidad sólo está contemplada en los supuestos en que previamente se hubiese formulado una OPA. Para mayor información véase Forum Europaeum: “Corporate Group Law for Europe”. Stockolm. 2000. Págs. 72 – 74.

totalidad de las acciones o participaciones, sin necesidad de consentimiento individual de los socios cuando concurren las dos siguientes condiciones.: 1ª. Que tenga directa o indirectamente, al menos, el 90% del capital de la sociedad dominada; 2ª Que tenga al menos las _ partes de los votos correspondientes a las acciones o participaciones emitidas o creadas por la sociedad dominada

2. *La adquirente deberá pagar al contado o consignar una cantidad de dinero igual a la que percibiría el socio externo en el caso de separarse de la sociedad, más una indemnización, bien en dinero o en acciones o participaciones de la sociedad dominante, equivalente al 10% de la cantidad principal”.*

La misma trayectoria lleva la armonización del Derecho Europeo, a juzgar por el Informe Winter, que recomienda vivamente la consagración en las legislaciones nacionales de un procedimiento de *squeeze – outs* expeditivo en los casos en que el capital de los minoritarios no sobrepase un umbral mínimo⁹⁴. Sin embargo, hay discrepancias en el sentido de que el o los socios mayoritarios con relación a la razonabilidad de su decisión, las operaciones de *squeeze – out*, suelen considerarse abusivas⁹⁵. Con relación a esto, el Dr. Candido Paz – Ares señaló: *“la manera que ha tenido la práctica de escapar a esta difícil prueba es solicitando la aprobación de la operación por los minoritarios excluidos. La jurisprudencia considera, en efecto, que sólo si la transacción es aprobada, la carga de la prueba y de la argumentación de que es abusiva corre a cargo de quien demanda”*⁹⁶.

⁹⁴ Ver: “Report oh the Experts Group”. Op. Cit. Págs. 36 y sgtes.

⁹⁵ Herzel, L. “Establishing Procedural Fairness in Squeeze – Out Mergers after Weinberger Vs. UOP”. Business Lawyer. 1984. Págs. 1526 y sgtes.

⁹⁶ Para mayor información ver en: Candido Paz – Ares. “Aproximación al Estudio de los Squeeze – Outs en el Derecho Español”. <http://www.uria.com/htm/esp/publicaciones/actualidadjca/n3/art03.pdf>

Y, ¿Cuál es la relación que pueda tener los Grupos de Sociedades con los Squeeze – Outs?, pues la podremos encontrar directamente en la clasificación propuesta por Paz Ares con relación a los beneficios para los accionistas mayoritarios⁹⁷, el cual abordaremos el primer punto que hemos tocado en el respectivo pie de pagina.

1).- Atomización de la sociedad controlada dentro del grupo de sociedades al que corresponde.

Actualmente, el Perú no cuenta con una regulación específica que trate sobre los grupos de sociedades, o por lo menos alguna norma que defina la figura de los grupos de sociedades, siendo esta reconocida en diferentes países su existencia tales como: Francia, España, Alemania, Polonia, Japón, etc. Asimismo, tampoco hay disposiciones que permitan de algún modo:

Al accionista mayoritario de alinear las políticas de una sociedad a los intereses del grupo de sociedades (búsqueda de definición de control) al que pertenece, con los potenciales perjuicios que dichas decisiones podrían causar a terceros o a los accionistas minoritarios. (Eguez, 2003, p. 291)

Sin embargo, nuestra actual Ley General de Sociedades en su Artículo 133°, establece que: *“el derecho de voto no puede ser ejercido por quien tenga, por cuenta propia o de tercero, interés en conflicto con el de la sociedad”*. Apréciese, que

⁹⁷ Los beneficios que reportan los *squeeze – outs* para los accionistas de control no son otros que la supresión de todos los costos que se derivan de la presencia de los accionistas minoritarios en una sociedad. Por ello, es que PAZ ARES señala que: *“dichos beneficios se concretan en el ahorro o supresión de los costes que ocasiona a los insiders en el control la permanencia en la sociedad de los minoritarios. Por tanto, los clasifica en tres grupos: i).- Los costos derivados de la imposibilidad de integrar totalmente la compañía dentro del grupo de sociedades en términos de actividades, activos, organización y finanzas; ii).- Los costos de tener que mantener la infraestructura para la celebración de juntas generales (anuncios, reunión, etc.) y en general, para el ejercicio de sus derechos por parte de la minoría (requerimientos de información, acciones de impugnación, etc.) ; y iii).- Costos derivados del riesgo de extorsión o ejercicio abusivo de sus derechos por parte de los minoritarios, pues como fácilmente se comprende éstos pueden sentir la tentación de hacer uso de sus prerrogativas para perturbar u obstruir la marcha de la sociedad e inducir al socio de control a que se avenga a pretensiones poco razonables”*. Ver en: Candido Paz – Ares. Op. Cit. Pág. 50. ”. <http://www.uria.com/htm/esp/publicaciones/actualidadjca/n3/art03.pdf>

existiendo en un grupo de sociedades un interés grupal y no un interés social, vemos que existiría una posible disputa en estos intereses, sin embargo la ley reguló este tema como que el acuerdo sea lesivo para la sociedad.

Bajo este orden de ideas, el accionista de control (por eso vemos que es importante dar una *definición de control*):

Requeriría contar con el voto favorable de los accionistas minoritarios (de los accionistas que no se encuentren bajo una situación de conflicto de intereses) para adoptar de esta forma decisiones en la sociedad que se ajusten a las políticas y al interés grupal al que pertenece. Si, pese a la prohibición, el accionista mayoritario participa en la adopción de tales acuerdos los accionistas minoritarios se encontrarían legitimados para impugnarlos. (Eguez, 2003, p. 292)

Tal como señala Eguez⁹⁸ (2003):

En tanto existan accionistas minoritarios, el accionista de control se encontrará fuertemente limitado para realizar actos destinados a integrar las políticas de la sociedad con el interés del grupo de sociedades del que forma parte. (p. 293)

Adicionalmente, los squeeze-outs pueden servir de herramienta para reducir el número de accionistas en las sociedades con un accionariado claramente disperso, con el objetivo de solicitar la exclusión de las acciones de dicha sociedad del Registro Público del Mercado de Valores (RPMV), eliminándose de este modo, todos los costos relacionados con

⁹⁸ La exclusión de las acciones del RPMV implicará que el accionista de control ya no tenga que preocuparse por las restricciones relacionadas con las normas de ofertas públicas de adquisición o con las normas que regulan el tratamiento de la información privilegiada.

dicho registro (obligaciones de reporte de información, entre otras).

Finalmente, ¿Por qué la necesidad de que pueda existir una ley que habilite la expropiación?. La Constitución Política del Perú en su artículo 70° establece que: “...*A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por Ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio..*” y que entendemos por necesidad pública, pues “que no existe una definición o un contenido único, sino que puede variar de acuerdo a los intereses particulares que en un determinado momento una sociedad considere conveniente” (Eguez, 2003, p. 308).

En este orden de ideas, para determinar si los:

Squeeze – outs cumplen o no con el requisito de necesidad pública habrá que estudiar si los beneficios directos que reportan los squeeze outs a los accionistas de control revierten finalmente a toda la sociedad en su conjunto, de tal forma que se sacrifique el derecho de propiedad de los accionistas minoritarios (Eguez, 2003, p. 309)

Para algunos autores como Paz Ares, citado por Eguez, J. (2003): el debate con relación a la constitucionalidad de esta figura se encuentra ya fuera de discusión:

Si se satisface la condición de la protección adecuada, no hay motivo para dudar de la compatibilidad de las previsiones legales que permiten o dan carta de naturaleza del ordenamiento societario al squeeze – outs con la garantía constitucional de la propiedad....el tema se ha suscitado en algunos países vecinos y

hoy parece estar zanjado en el sentido de reconocer la plena legitimidad de la figura. (p. 309) (el subrayado es nuestro).

Por ello, si optamos por la expropiación de tales bienes muebles (acciones) de los minoritarios, se requerirá establecer con claridad, certeza y transparencia, bajo que condiciones pueden ser regulados los squeeze – outs, para que amerite sacrificar el derecho de propiedad de los minoritarios⁹⁹. Pero no hay que dejar de considerar, que si existen los suficientes beneficios que reporte esta figura para lograr cada vez mayor manejo en la eficiencia y competitividad de las empresas peruanas, pues podríamos considerar de calificarlos como válidos, dentro del concepto de “necesidad pública”, excepción constitucional que se encuentra establecido en el reconocimiento del derecho de propiedad.

C).- Deberes Fiduciarios del Accionista Controlante.

Una vez reconocido la existencia del Grupo de Sociedades, así como la figura del ejercicio de Control, pues debemos de señalar que aquel accionista controlador en las decisiones que este va adoptar al interior de la sociedad, deberá de alguna manera reconocer la existencia de deberes fiduciarios a cargo de dicho accionista con el órgano de dirección de la empresa (en este caso los directores). ¿Por qué esta división de por un lado el órgano directriz y por el otro lado el o los accionistas controladores?, pues nuestra ley hace que las decisiones del órgano de administración recaigan exclusivamente sobre los directores/gerentes y no sobre los accionistas de control, y por

⁹⁹ Por ejemplo, los casos que ya hemos establecido en el análisis del tema de los squeeze – outs, y que son: el hecho de que un accionista alcance una participación casi absoluta en una sociedad para permitirle integrar dicha sociedad al grupo de sociedades al que pertenece, o cuando el número de accionistas constituya una barrera para solicitar la exclusión de las acciones de una sociedad del RPMV, o en su caso exista también acciones de inversión (aquellas que nacieron con el propósito de pagar a los trabajadores con dichas acciones o llamadas también acciones de trabajo) ya que actualmente representa en la mayoría de los casos un 4 % o 5% de las empresas que cotizan en Bolsa y que ya no tienen nada que ver con la gestión de la sociedad, porque son acciones solo representativas sin derecho a voto.

tanto no son estos quienes adoptan tales decisiones, entonces podemos presumir la inexistencia de deberes fiduciarios.

En nuestra Ley General de Sociedades, existen artículos sobre la competencia de los órganos de administración, y responsabilidad de los directores, por ejemplo: i).- *Recae sobre la competencia de la Junta acordar la enajenación, en un solo acto, de activos cuyo valor contable exceda el cincuenta por ciento del capital de la sociedad*¹⁰⁰, ii).- *Compete a la Junta resolver en los casos en que la ley o el estatuto dispongan su intervención y en cualquier otro que requiera el interés social*¹⁰¹, iii).- *Es responsabilidad del directorio el cumplimiento de los acuerdos de la junta general*¹⁰².... Entonces podemos concluir en una frase muy práctica: la Junta adopta y el Directorio ejecuta y es responsable.

Como podemos apreciar, la Junta puede adoptar decisiones en materia de administración de la sociedad, pero hay otras materias en la cual como dice Payet (2003):

Materias no consideradas de administración, que son de competencia de la junta general y en las que se plantea la posibilidad de abusos del controlador respecto de los accionistas externos, i).- aumento y reducción de capital, ii).- Otras modificaciones estatutarias, iii).- Reorganizaciones societarias, etc. (p. 97)

Entonces, por todo lo señalado anteriormente se justifica la imposición y su futura regulación de los deberes fiduciarios con respecto a los accionistas mayoritarios. El Código o Informe de Olivencia de 1998, luego de constatar dicha desproporcionalidad

¹⁰⁰ Ley General de Sociedades, Artículo 115°, inciso 5.

¹⁰¹ Ley General de Sociedades, Artículo 115°, inciso 8.

¹⁰² Ley General de Sociedades, Artículo 177°.

con relación al bloque de control y los directores, confirmó la extensión de los deberes fiduciarios a los *accionistas significativos* en las sociedades cotizadas en Bolsa, lo cual se fundamenta mediante esta lacónica expresión: *dada su especial posición en una sociedad anónima*. Posteriormente el Informe Aldama de 2003 ha abogado por extender a los accionistas de control los deberes de lealtad impuestos a los administradores. Esta ampliación del perímetro de sujetos sometidos a tales deberes alcanza también a:

- La persona física representante de la persona jurídica designada administrador.
- Los altos directivos societarios (por más que no tengan la condición de administradores).
- Los administradores de hecho (entendiendo como tales “quienes, en la realidad del tráfico, desempeñan sin título o con título nulo o extinguido las funciones de administración”), y a
- Los administradores ocultos (“bajo cuyas instrucciones suelen actuar los administradores de la sociedad”).

En conclusión, como señala el referido informe:

A quienes, aún sin ostentar una posición formal de administrador, desempeñan en la sociedad un papel de índole similar. Tal expresión podría estar más justificada incluso que la propia regla originaria referida a los administradores, puesto que la mayor capacidad de la actividad de estas personas, que a menudo actúan en la sombra o detrás de los órganos de decisión formales, determina una menor eficacia disciplinar de los instrumentos dispuestos por las fuerzas del mercado” (Informe Aldama, 2003, p. 25) (el subrayado es nuestro).

A diferencia de lo que sucede respecto de los administradores, cuyos deberes fiduciarios se encuentran muy bien regulados por la ley general de sociedades, en nuestra normativa societaria actualmente no existe una disposición que establezca expresamente deberes de diligencia y lealtad a cargo del accionista controlador.

Como hemos dicho anteriormente en el tema de los *Squeeze – outs*, haciendo mención al artículo 133° de la ley general de sociedades, por el que “*prohíbe a los accionistas ejercer su derecho de voto en situaciones de conflicto de intereses*”, habiendo aquí quizás un conflicto de interés entre el grupal y el social, y el otro es el estipulado en el artículo 139° de la ley general de sociedades, mediante el cual “*permite la impugnación de los acuerdos que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas*”. Como podemos ver, existen mecanismos en donde quedan configurados la prohibición expresa y la impugnación cuando haya un acuerdo que lesione el interés de la sociedad. Sin embargo, no existe en la ley una prohibición expresa que los accionistas mayoritarios adopten acuerdos que perjudiquen a la minoría sin afectar a la sociedad. Tampoco existe tal como señala Payet (2003) “una prohibición de acuerdos que lesionen el interés social pero sin beneficiar a algún accionista en particular” (p. 97) (el subrayado es nuestro). Sin embargo, ello obliga a recurrir - continua Payet: “a los principios generales del derecho privado, así como al principio de la buena fe y a la prohibición del abuso del derecho para poder fundamentar estos cargos”.

En conclusión, en el contexto de un reconocimiento de grupo de sociedades, así como la existencia de control, etc., el papel que desempeña ambas figuras, la normativa a realizar deberá

de contener el deber de lealtad (tal como lo hemos señalado anteriormente en el Informe Aldama) del accionista de control. Esto es, que se debe de establecer claramente dicho deber, asimismo garantizar medios de resarcimiento a los accionistas minoritarios en caso que se vean perjudicados por las decisiones del controlador.

D).- El Derecho de Separación y la Exclusión de Accionistas.

Una vez planteado algunas ideas que se deben de considerar para una futura normativa en materia de grupos de sociedades como por ejemplo: buscar definición de grupo de sociedades, definición de control, los deberes fiduciarios y de lealtad, sobre los estados financieros consolidados, entre otros., nos cabe hacernos una pregunta y ¿Qué pasaría sí alguno de los accionistas minoritarios no esta conforme con la formación de los grupos de sociedades?, ¿Qué derecho le ampara?, ¿Será posible realizar la exclusión de dichos accionistas con el propósito de cumplir con los objetivos de la sociedad controlante?; estas y otras interrogantes desarrollaremos en el transcurso del presente punto.

En virtud del artículo 200° de la Ley general de sociedades, la figura de la separación del accionistas minoritario se encuentra de alguna manera protegido, ya nuestra legislación societaria le ha reconocido su existencia al momento en que no se encuentran conformes con la adopción de los acuerdos decididos por la mayoría (podrían ser accionistas de control) con relación a cambios esenciales que se puedan dar en la sociedad los mismos que se encuentran contemplados en el artículo 200° de nuestra ley general de sociedades, a cambio de un reembolso de su inversión.

Pero como el tema es grupos de sociedades, entonces diremos que el simple hecho de que una sociedad antes económica,

financiera u políticamente independiente acceda a integrarse o formar parte de un grupo es, sin lugar a duda un cambio importantísimo dentro de la estructura societaria de la sociedad. Por ello, se advierte que si un accionista adquirió en un primer momento participaciones de la sociedad cuando esta aun era independiente, pues su acoplación al grupo de sociedades provocaría un cambio sustancial de las condiciones en su inversión.

El derecho alemán con relación al grupo, reconoce la facultad que tiene los accionistas de poder separarse de una sociedad cuando se forma un grupo en este caso contractual en el cual la sociedad en la que tienen participaciones se coloca en posición de subordinación.

Una situación parecida a la de éste derecho ocurre con los lanzamientos de las OPAs obligatorias. Tal como señala Payet con el City Code, “cuando una persona adquiere el 30% o más en una sociedad que cotiza en bolsa, ésta persona queda obligada a formular una OPA respecto de la totalidad de las acciones de dicha sociedad que no posea” (Payet, 2003, p. 98). De ello podemos destacar que siempre en toda Oferta Pública de Adquisición de Acciones, la empresa oferente va a tener que considerar en el momento de proponer el precio por la acción, “la prima de control”; con esto lo que sucederá es que dichos accionistas minoritarios que no deseen seguir interviniendo en la sociedad y que sabiendo que al finalizar la OPA, la acción generalmente tiende a perder valor, pues optarían por liquidar su inversión en las mismas condiciones que los socios mayoritarios, ya que toda OPA trae consigo cambios y la imposición de una nueva gestión y administración. En el caso peruano, dichos preceptos lo podemos encontrar en los artículos 5° y 6° del reglamento de OPA¹⁰³

¹⁰³ **Artículo 5°.- COMPUTO DE PARTICIPACIÓN SIGNIFICATIVA**

(aprobado por Resolución CONASEV N° 9 – 2006 – EF/94.10 que deroga el reglamento aprobado por Resolución CONASEV N° 630-1997-EF/94.10).

Como podemos ver de la lectura hecha a este punto, no recoge la ley societaria el concepto de control, solo existen las presunciones que acoge el artículo 5° del Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico; es mas se infiere también la búsqueda de un concepto de control a lo señalado en la Resolución Tribunal Administrativo de CONASEV N° 032 – 2002 – EF/94.12 en el punto sobre la Nulidad de la OPA, en donde el tribunal hace mención textualmente lo sgte. *“que, como se ha señalado, aún cuando las OPAS son figuras reguladas por el así llamado Derecho Bursátil o del Mercado de Valores, confluyen en las mismas, elementos propios del Derecho Civil, del Derecho Societario o Corporativo y del Derecho Administrativo, considerándose que el Derecho Civil es fundamentalmente aplicable a los aspectos referidos a la formación de la voluntad del accionista, a su implicancia en relación a la validez o eficacia de la OPA y al significado mismo de la invalidez; que el Derecho Societario es aplicable a los aspectos referidos al control*

Para efectos del cálculo de la participación significativa se considera el porcentaje del capital social que representan los valores a que se refiere el artículo 3 que posee el obligado o eventual obligado a hacer una OPA.

Tratándose de valores distintos a las acciones, éstos se computan por el número de acciones con derecho de voto a que dan derecho. Si tal número es variable, se considera el número máximo de acciones con derecho a voto que resultaría de efectuarse la suscripción o adquisición.

Igualmente se incluyen en el cómputo para determinar la participación significativa las acciones con derecho a voto subyacentes en los ADR, GDR y títulos similares de propiedad directa o indirecta

Artículo 6°.- OPORTUNIDAD DE LA OPA

La OPA deberá llevarse a cabo:

a) En forma posterior a la adquisición o al incremento de participación significativa cuando: (i) se haya realizado de manera indirecta, (ii) como consecuencia de una oferta pública de venta, (iii) a través del procedimiento señalado en el artículo 8.

En estos casos, la OPA debe formularse sobre el porcentaje de valores que resulte de la aplicación de la fórmula señalada en el Anexo I. El precio y el plazo para la realización de la oferta, en estos casos, se rigen por las disposiciones del Título IV.

b) En forma previa a la adquisición o al incremento de participación significativa, en todos los demás casos. En estos casos, la OPA debe formularse sobre el número de valores que se pretende adquirir.

societario y requerimientos de conducta en los órganos de administración y...” (el subrayado es nuestro). Como vemos, nuestros legisladores nos dan la razón en que efectivamente la figura del control es regulado por el derecho de sociedades, pero que en la actualidad en nuestra legislación societaria no se encuentra regulada. Al no recoger nuestra ley general de sociedades el concepto de control, por tanto no podrá reconocerse un derecho de separación ante cambios de control o la inserción o integración de la sociedad en un grupo. En cambio sí se atribuye derecho de separación a uno o unos accionistas disconformes, cuando:

Una sociedad anónima abierta acuerda excluir del Registro Público del Mercado de Valores las acciones u obligaciones que tiene inscritas en dicho registro y ello determina que pierda su calidad de tal y que deba adaptarse a otra forma de sociedad anónima (Payet, 2003, p. 98)

Generalmente, la exclusión de las acciones del Registro se encuentra vinculada a la falta de liquidez de las mismas, algunos comentan que dicha exclusión obedece también a la concentración del accionariado para hacer frente a la posición de los accionistas minoritarios. Por ello, dicha justificación la podemos encontrar tanto en la denominada Oferta Pública de Compra por Exclusión de Valores, en donde “*La exclusión de un valor del Registro determina la obligación solidaria de quienes fuesen responsables de la misma, de efectuar una oferta pública de compra dirigida a los demás titulares del valor*”¹⁰⁴, así como en la más novedosa iniciativa europea y que se está legalizando en países tales como Francia, Inglaterra, Italia, Bélgica, entre otros¹⁰⁵ y que es la figura de los squeeze – outs¹⁰⁶, en donde se otorga al accionista de control la

¹⁰⁴ Ley de Mercado de Valores, aprobado por Decreto Legislativo N° 861 – 1996 publicado el 22 de Octubre de 1996, y que en su Artículo 69° regula la Oferta Pública de Compra por Exclusión del Valor del Registro.

¹⁰⁵ La legislación sobre los squeeze – outs en países de la Unión Europea la podemos encontrar en forma muy general en: Egeuz, Juan Antonio. Pág. 300.

¹⁰⁶ Asimismo, la figura de los squeeze – outs ha sido desarrollado en un punto anterior.

facultad de excluir forzosamente del accionariado a los accionistas minoritarios.

Lo importante de esta figura de los *squeeze-outs* radica en el valor que el accionista mayoritario le da a la acción del accionista minoritario, tal como describe Paz Ares, Cándido “*El socio mayoritario necesita un derecho que sólo se lo pueden procurar los minoritarios. (...). Para él, conseguir la última acción vale infinitamente más que para el minoritario conservarla. Y aquí es precisamente donde estriba la raíz del problema, pues estando así las cosas cualquier minoritario se sitúa en una posición de monopolio y, desde ella, amenaza el éxito de una transacción mutuamente ventajosa, que alternativamente llegaría a buen puerto. Es razonable, por tanto, que el sistema jurídico, para facilitar el resultado eficiente y evitar el hold-up, permita invadir el derecho del minoritario sin su consentimiento (...)*”¹⁰⁷ (el subrayado es nuestro).

Actualmente, en nuestro país podemos encontrar causales suficientes por las cuales los accionistas de control podrían tener la facultad de excluir accionistas minoritarios. Estas podrían ser: i).- Que la existencia de accionistas minoritarios puede determinar de que la sociedad deba adaptarse o mantenerse bajo la forma societaria abierta, lo cual puede irrogar costos (hoy en día la mayoría de los empresarios piensan en que decisión va ser la mas idónea para poder reducir los costos, aplicando para ello la regla del costo – beneficio), así como limitación en la libre contratación entre los socios. Por ejemplo aquellos provenientes de : a).- La obligación de informar exigida por la ley de mercado de valores, b).- La posibilidad de la eficiencia en el momento de la transmisibilidad de

¹⁰⁷ Ver en Paz Ares, Cándido. Pág. 52. en: <http://www.uria.com/htm/esp/publicaciones/actualidadjca/n3/art03.pdf>

las acciones, la norma establece la limitación a la libre transferencia de las acciones¹⁰⁸ (restricción en el pacto de libre contratación entre los socios), c).- La imposición de muchas convocatorias y mayorías máximas¹⁰⁹ para convocar a una Junta, (el mismo que irroga gastos en las publicaciones y tiempo) d).- Extensos plazos para las convocatorias¹¹⁰.

Como hemos visto líneas arriba, el derecho de exclusión se encuentra regulado en diferentes países de la Comunidad Europea. Asimismo, el Informe dado por el Grupo de Alto Nivel de Expertos para dar un Marco Regulatorio Moderno sobre el Derecho Societario de la Unión Europea, en su Chapter VI que trata sobre la “Reestructuración Corporativa y Movilidad”, indica lo siguiente:

6. “SQUEEZE-OUTS AND SELL-OUTS

Most responses favoured the creation of a facility, for an overwhelming majority shareholder with 90-95% of the capital, compulsorily to buy out the minority, not only after a takeover bid as proposed in our First Report, but generally regardless of how the majority was acquired. The price would be set on the basis of a right to demand appraisal of a fair value”¹¹¹.

Evidentemente, el simple hecho de excluir las acciones de un accionista minoritario, de alguna manera se puede lesionar el derecho de propiedad que tiene este accionista sobre sus acciones. Sin embargo, la normativa que tienda a regular estos *squeeze-outs*

¹⁰⁸ Ver: Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, Artículo 254°

¹⁰⁹ Ver: Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, Artículo 257°

¹¹⁰ Ver: Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, Artículo 257°

¹¹¹ La mayoría de las reacciones preferidas es la creación de una instalación para un accionista mayoritario abrumador con 90% o 95% del capital, obliga a comprar a la minoría, no solo después de una OPA como se propuso en nuestro Primer Reporte, pero generalmente como la mayoría fue adquirida se realizará por el restante la oferta. El precio sería a base de un derecho para exigir la evaluación de un valor de exposición. Ver en: Informe Winter. Pág. 109 y sgtes.

deberá de considerar las respectivas seguridades necesarias para garantizar un tratamiento justo y equitativo, logrando de esta manera evitar los abusos respecto de estos accionistas minoritarios. Por ello, para lograr la seguridad en el trato equitativo y justo, es necesario tomar las siguientes consideraciones planteadas por el Informe Winter, así como por el Artículo 15° de la Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 21 de Abril de 2004, Relativa a las Ofertas Publicas de Adquisición y el Artículo 572° del Anteproyecto de Código de Sociedades Mercantiles Español ; y que son: i).- Un umbral que se ubique entre el 90% y 95% de participación, para que el accionista controlador que posea dicho porcentaje pueda imponer la exclusión del accionista minoritario por el restante, y ii).- La contraprestación que justifique el valor de ese porcentaje pequeño de acciones a manos del o de los accionistas minoritarios excluidos (esto quiere decir un precio justo que justifique el despojo de su derecho de propiedad del accionista minoritario). Tal como señala el Informe Winter:

Se distingue según que el accionista controlador haya cruzado el umbral a través de una OPA o no. Si lo ha hecho, el precio ofrecido en la OPA se considerará como una contraprestación adecuada para la exclusión en la medida que la OPA haya sido aceptada por los titulares de al menos el 90% de las acciones a las que se extendió la oferta. En caso que este no hubiera sido el caso, se recomienda que la equidad del precio sea objeto de revisión por expertos designados por la autoridad competente. (Payet, 2003, p. 99)

Y, una tercera consideración que a nuestro entender es también muy importante a fin de beneficiar en lo posible a los agentes que intervienen en el mercado (esto es CONASEV, accionista de control) y que es iii).- El establecimiento de un plazo para que se pueda ejecutar dicha exclusión, de tal manera no se

perjudique las inversiones del accionista controlador o su estrategia política, así como también no dejar enfriar o dejar pasar el tiempo para poder plantear la exclusión. Las cosas *“en fresco”* son mucho mejor, evitando así costos innecesarios y preocupaciones (sobre el destino del accionista minoritario,) tanto al accionista de control como al Órganos Supervisor (en este caso CONASEV).

2.4.6.2. La responsabilidad de los miembros del Grupo. Problema de la unidad o personalidad jurídica

A) Responsabilidad de las Sociedades del Grupo *in bonis*.

Con respecto al problema de la unidad jurídica (*in bonis*), la muy comúnmente llamada “teoría de la apariencia”, trata de resolver el antagonismo entre el aspecto jurídico y el aspecto económico, tal como señala el maestro Garrigues (1987):

La sociedad filial es más bien una apariencia jurídica y que las empresas de ambas sociedades constituyen jurídicamente una sola empresa y una sola personalidad, aunque, desde el punto de vista formal, se quiera dividir esta unidad en dos figuras jurídicas distintas. (p. 3015)

Como podemos apreciar en base a la apreciación del maestro Garrigues en lo teórico podemos decir que efectivamente se puede aplicar tal concepto, pero sin embargo:

Esta teoría contradice mucho a la realidad. El hecho de que una sociedad posea la totalidad o la mayoría de las acciones de otra en nada perjudica o vulnera a la autonomía jurídica de ambas sociedades, aunque hay que reconocer que la íntima conexión o unión económica tiene que tener sus repercusiones en el campo jurídico, tanto en el aspecto interno como en el externo. (Garrigues, 1987, p. 315)

Esto es por ejemplo quien toma la decisión de pagar o no (en el caso de obligaciones con los acreedores), no es la subordinada sino la controladora. Hay un divorcio entre realidad económica y responsabilidad jurídica.

Y, con relación justamente al:

Aspecto interno del grupo de sociedades, la posibilidad de relaciones contractuales entre ambas sociedades (tanto entre dependientes y dominante), puede tratarse en que la dependencia económica no se traduce en falta de independencia jurídica. Entre una y otra sociedades pueden ser concluidos contratos; puede reclamarse el pago de dividendos pasivos; no procede la compensación entre los créditos y las deudas recíprocas de ambas sociedades, etc.¹¹² (Garrigues, 1987, p. 316)

Con relación a esto, el maestro Garrigues (1987) dice lo siguiente:

Los contratos entre una y otra podrán ser impugnados y anulados, no por causa de simulación, sino cuando el predominio de la voluntad de uno de los contratantes sobre el otro haya dado lugar a un contrato con causa ilícita (artículo. 1275° del C.C. Español) o que tenga por objeto servicios contrarios a las leyes o a las buenas costumbres (artículo 1271° del C. C. Español) (p. 316).

Por ello, la jurisprudencia a nivel internacional y sobre todo en Francia, han construido los criterios básicos y esenciales que permiten que una sociedad del grupo (por ejemplo la sociedad dominante o controlante) sea responsable de los actos de otra sociedad del grupo.

¹¹² Concordado en parte con lo señalado por el maestro Joaquin Garrigues.

Criterio de la Apariencia.

Cuando dos sociedades del grupo se han mostrado a terceros como si fuesen una sola, (por ejemplo: el caso de la pertenencia de una revista a un determinado Diario – “Es una publicación del Grupo...”), teniendo una razón social casi idéntica, un mismo domicilio, mismas sucursales y misma firma en las correspondencias, o en su caso utiliza algún indicativo que pertenece a un grupo, el contrato firmado por una de ellas obliga a la otra.

Criterio de la Injerencia.

Este criterio trata cuando una filial (dependiente o la controlada) concluye un contrato con una persona exterior al grupo y la sociedad matriz o controlante inmiscuyéndose en el contrato, se comporta como una parte, por tanto las estipulaciones contractuales le son aplicables.

Criterios de la dependencia general, del fraude y de la confusión.

Estos tres criterios tienen por objeto desenmascarar a las sociedades de fachada que no tienen en realidad ninguna existencia jurídica propia. O bien dependen completamente de la sociedad matriz, o bien son realizadas para dividir el patrimonio y escapar de un acreedor o son sociedades en donde los patrimonios están tan bien montado que no poseen existencia propia.

En esos casos la sociedad matriz a la iniciativa de dichas maniobras será responsable por sus filiales. De igual forma se puede aplicar a los procedimientos concursales.

Finalmente, citaremos también algunos criterios seguidos por tribunales norteamericanos en casos de grupos de sociedades:

1. La composición de las juntas directivas, es decir, si las mismas personas son directores u dignatarios en diversas sociedades relacionadas.
2. Si existe relación entre las sociedades, de tal forma que unas sean realmente departamentos, divisiones o subsidiarias de las otras; o si una corporación es dueña de todas o la mayoría de las acciones de otra. Estos ejemplos van usualmente ligados al elemento de fraude.

B) Responsabilidad de las sociedades miembros del Grupo en caso de Concurso. Protección de los Acreedores.

En cuanto a la responsabilidad de las sociedades miembros del grupo en caso de Concurso, el Derecho Francés ha previsto dos hipótesis de responsabilidad financiera de una sociedad a causa de la quiebra de otra sociedad del mismo grupo.

La confusión del Patrimonio

Esta situación se encuentra caracterizada cuando dos sociedades han tenido relaciones patrimoniales tan cercanas que resulta imposible establecer cuentas separadas. Las sociedades se comportan como si tuviesen un solo patrimonio. Por tanto, en este caso la quiebra de una se extiende a la otra.

Las acciones contra los administradores de la Sociedad

Ahora bien, consecuentemente a la quiebra de una sociedad, la responsabilidad de los dirigentes de una sociedad podrá ser comprometida por la comisión de una serie de faltas de

gestión. Una sociedad matriz puede ser dirigente de su filial, en cuyo caso, de cometer una falta, podrá ser obligada a completar el pasivo o soportar una extensión de la quiebra.

Adicionalmente, en la actualidad existe un Anteproyecto de Ley de Código de Sociedades Mercantiles Español, que recoge por primera vez en España la regulación de los Holdings. Cuando dicho Código vea la luz, España será el segundo país de la Unión Europea que legislará los grupos de sociedades. Sólo Alemania se ha atrevido a realizar una regulación tan necesaria como complicada. Pues bien con relación al tema Concursal, dicho Anteproyecto, propone temas muy novedosos complementando así a lo señalado por el Derecho Francés explicado anteriormente líneas arriba. Entre los principales temas que propone son:

1. La nueva normativa que posiblemente entre en vigencia durante el año 2005, plantea la protección a los acreedores de filiales cuando estas hayan utilizado su pertenencia al holding para realizar estas transacciones comerciales, utilizando documento o publicidad que las vincularan (Como por ejemplo la presunción de existencia de Grupo cuando una sociedad incluya en su documentación o publicidad denominaciones o anagramas del grupo). El texto establece que, en este caso, todo el grupo empresarial responderá de las obligaciones que ha contraído una de las filiales.
2. Con relación a la Empresas en crisis, la futura norma introduce también una novedad importante en el caso de que una filial declare una quiebra o suspensión de pagos. El anteproyecto prevé que las sociedades que pertenezcan al mismo grupo sean las últimas en cobrar sus créditos, de manera que sólo recibirían su dinero cuando se haya pagado a todos los acreedores ordinarios de la empresa deudora. Por este motivo, el borrador prevé también que las empresas del grupo

empresarial de la sociedad en crisis pierdan su voto en las juntas de acreedores. Un ejemplo claro para aplicar dicha propuesta, se puede apreciar cuando las sociedades dominantes, con dolo o culpa, dejan caer en insolvencia a las sociedades dominadas, las despojan de sus recursos, las obligan a sacrificarse en interés general del grupo, les exigen no ejercer el objeto, les exigen hacerlo a pérdida y todo estará muy bien para todo el mundo menos para los acreedores de la subordinada. La solución anglosajona para esto es la teoría del desconocimiento de la personalidad jurídica (es decir levantamiento del velo societario).

Como podemos apreciar, estas medidas intentan impedir de alguna manera una situación que se produce con frecuencia en las relaciones mercantiles, en las que los acreedores se quedan sin cobrar porque las matrices han financiado a sus filiales concediéndoles gran número de créditos. El propósito del texto es evitar la infravaloración de las sociedades dominadas que provoca la financiación a través de préstamos de la sociedad dominante.

2.4.7. Consideraciones adicionales relativas a la Responsabilidad del Grupo, de sus administradores y del accionista controlante.

Todo Grupo de Sociedades como ya lo hemos indicado se encuentra conformado por un mínimo de 2 sociedades, y en donde una de ellas ejerce control (posición dominante) frente a la otra o las otras. Por ello, dicho accionista de control así como tiene la potestad de ejercer decisiones sobre la otra, también por tanto tendrá una serie de obligaciones no solo frente a la controlada o dominada sino también, estará sujeto a las respectivas responsabilidades en el uso de esas facultades que conlleva a tomar decisiones en la controlada. Entonces, podemos decir que los accionistas que gozan de una posición de control están, cuando menos potencialmente sujetos a las reglas generales de responsabilidad del

principal por los actos cometidos por el agente, cuando hayan asumido efectivamente tal función o tengan el deber de hacerlo así.

Por ello, el accionista controlante en un grupo de sociedades con relación a la responsabilidad se verá envuelto en dos aspectos:

1. Con relación a la Comunicación de responsabilidad entre la sociedad controlante y controlada.- Cuando la autonomía implica la responsabilidad directa y separada de la dependiente o sociedad filial por las deudas contraídas. Teóricamente ni el accionista controlante (sociedad madre) responde de las deudas de la controlada (sociedad filial), ni esta de las de aquella. Por la misma razón, la quiebra de la sociedad dominante no arrastra la quiebra de la sociedad dominada. Pero en la práctica las cosas ocurren de distinta manera, reduciendo la cuestión a un problema de prueba (donde los tribunales con sus jurisprudencia dictarán precedente para resolver los casos con relación a los grupos de sociedades ya que es lo único real que existe actualmente), tal como lo señala Garrigues (1987):

Si se demuestra que la sociedad dominada constituye una mera apariencia de sociedad (testaferro), detrás de la cual se oculta la sociedad dominante, y que esta sociedad interpuesta se utiliza para eludir el cumplimiento de contratos o para reducir el cumplimiento de contratos o para reducir la propia garantía frente a los acreedores, los tribunales tendrían que salvar los obstáculos jurídicos formales estableciendo la comunicación de responsabilidad entre ambas sociedades. (p. 316) (el subrayado es nuestro).

2. Con relación a la intervención de la sociedad controlante en las juntas generales de la sociedad controlada.- El predominio social de una sociedad sobre otra, conseguido a través de la mayoría de las acciones, puede dar lugar a acuerdos favorables para la sociedad dominante o controlante y dañosos para la sociedad dominada. La cuestión radica en decidir hasta que punto la sociedad dominada o filial no es más que un

instrumento en manos de una organización superior, o, por el contrario, la sociedad dominada es una sociedad anónima autónoma con personalidad propia y con intereses autónomos, que deben ser objeto de primordial protección. Garrigues (1987), con relación a este tema señala lo siguiente:

La solución tiene que ser distinta según se trate de una verdadera filial o, por el contrario, se trate de una sociedad ya en funciones, cuyo capital ha pasado, en su mayoría a manos de otra sociedad. En el primer caso, puede decidirse que la filial no puede tener un interés propio contrapuesto al interés de la sociedad dominante o fundadora. En el segundo caso, surge realmente el conflicto de intereses, y cabe defender a la sociedad dominada contra el abuso de la mayoría por parte de la sociedad dominante, a no ser que se demuestre que, aunque en aquel asunto concreto haya un perjuicio para la sociedad dominada, en conjunto, al salir beneficiado el interés del sindicato al que pertenece esa sociedad (interés grupal), sale también beneficiado el interés de esta. Pero, aún en este caso, habrá que examinar si el interés del sindicato es realmente un interés racional y económicamente ventajoso. Cuando esto no ocurra, quedarán expeditos para la minoría los recursos de defensa que el ordenamiento ofrece” (pp. 316-317) (el subrayado es nuestro).

En los siguientes apartados estudiaremos de manera muy sucinta aspectos que guardan también cierta relación con los grupos de sociedades, el mismo que trata sobre el seguro de responsabilidad civil de los administradores y las propuestas doctrinales de responsabilidad no limitada al importe de la inversión comprometida.

2.4.7.1. Seguro de responsabilidad civil de los administradores (Directors and Officers Liability Insurance) y Cláusulas de Indemnidad (indemnity Clauses).

Los legisladores de los Estados Unidos, así como los de Puerto Rico, permiten a las sociedades mercantiles indemnizar a

los administradores por las cantidades que estos hayan sido condenados a pagar por *corporate torts* (o actos ilícitos corporativos) ante la sociedad, los socios o los terceros e igualmente permiten asegurar a cargo de la sociedad la responsabilidad correspondiente. Se trata pues, de las denominadas cláusulas de indemnidad o (Indemnity Clauses) y del seguro de responsabilidad de administradores y altos directivos (Directors and Officers Liability Insurance o D&O Insurance).

Hoy en día este tema se encuentra muy bien regulado en el derecho de sociedades, a través del régimen más influyente y que es la del *estado de Delaware*¹¹³.

El Delaware Code, Title 8 & 145, establece dos regímenes de indemnización de administradores: en primer lugar, un régimen de indemnidad imperativo (mandatory indemnificación), en donde se establece los supuestos en los que la sociedad viene obligada a indemnizar a sus administradores y altos directivos por los gastos incurridos en procedimientos entablados contra éstos, y en segundo lugar otro facultativo (permissive indemnificación), del que puede disponer la sociedad para indemnizar a sus administradores y otros sujetos en situaciones o por conceptos no previstos en el régimen imperativo¹¹⁴.

En el régimen de indemnidad facultativo tenemos que distinguir según sí la acción haya sido ejercitada por terceros (acción individual de responsabilidad) o por la propia sociedad

¹¹³ Delaware Code, Title 8 & 145. 2001. Ver en: <http://www.delcode.state.de.us/>

¹¹⁴ Para mayor detalle lo podemos encontrar en: Coderch, Pablo Salvador y otros “Derechos de daños y responsabilidad ilimitada en las sociedades de capital. En torno a Meyer v. Holley et. al. (537 U.S. 280 (2003))”. INDRET 3/2003. Pág. 11 y sgtes.

(acción social de responsabilidad). Por ello, un ejemplo del primer punto la podemos encontrar en el siguiente criterio:

- En el caso de la acción individual de responsabilidad, el apartado (a) del & 145 del Delaware Code establece que *“la sociedad podrá indemnizar a cualquier persona parte en un procedimiento civil, penal, administrativo o de investigación (no entablado por la sociedad o a instancia de ésta) por el hecho de ser administrador, directivo, empleado o agente en la sociedad, o de estar actuando por orden de la sociedad como director, administrador, trabajador o agente en otra sociedad(miembro del grupo, joint venture, trust o cualquier otra organización económica, como un fondo de inversión), por los gastos (incluso los honorarios profesionales de los abogados), condenas, multas y cantidades transigidas, en que haya incurrido de forma efectiva y razonable en relación con el procedimiento, si la persona hubiera actuado de buena fe y de tal modo que creyera razonablemente no estar perjudicando los intereses de la sociedad y, en cuanto al procedimiento penal, si no tuviera una causa razonable para creer que su conducta era ilícita”*¹¹⁵(el subrayado es nuestro).

¹¹⁵ § 145. Indemnification of officers, directors, employees and agents; insurance.

(a) A corporation shall have power to indemnify any person who was or is a party or is threatened to be made a party to any threatened, pending or completed action, suit or proceeding, whether civil, criminal, administrative or investigative (other than an action by or in the right of the corporation) by reason of the fact that the person is or was a director, officer, employee or agent of the corporation, or is or was serving at the request of the corporation as a director, officer, employee or agent of another corporation, partnership, joint venture, trust or other enterprise, against expenses (including attorneys' fees), judgments, fines and amounts paid in settlement actually and reasonably incurred by the person in connection with such action, suit or proceeding if the person acted in good faith and in a manner the person reasonably believed to be in or not opposed to the best interests of the corporation, and, with respect to any criminal action or proceeding, had no reasonable cause to believe the person's conduct was unlawful. The termination of any action, suit or proceeding by judgment, order, settlement, conviction, or upon a plea of nolo contendere or its equivalent, shall not, of itself, create a presumption that the person did not act in good faith and in a manner which the person reasonably believed to be in or not opposed to the best interests of the corporation, and, with respect to any criminal action or proceeding, had reasonable cause to believe that the person's conduct was unlawful. Ver traducción en: **CODERCH**, Pablo Salvador y otros. Op. Cit. Pág. 11.

Hay que recordar algo muy interesante y que es: de que estas leyes permiten a las sociedades indemnizar como ya lo hemos mencionado anteriormente los costes en los que han incurrido los administradores en procedimientos “civiles, penales, administrativas o de investigación” iniciados contra ellos, aunque se excluye el derecho a indemnización cuando medien ciertas conductas como son (ilícito penal, apropiación ilícita de beneficios a cargo de la sociedad o de sus socios, mala fe y conducta deshonesto o desaprobada socialmente).

Por último tomando como siempre al modelo español, el presente tema no ha sido actualmente objeto de una regulación específica en el derecho español, aunque ya existen diferentes estudios realizados por destacados juristas de dicho país, los mismos que han sentado las bases para una futura regulación al respecto, y dando a la vez distintas soluciones interpretativas a dicho tema. Un ejemplo sobre la obligación de la sociedad de indemnizar a sus administradores en el derecho español la podemos encontrar en la regulación de la figura del mandato, en el Artículo 1729 del Código Civil Español, sobre el que se basaría el deber de reembolsar al mandatario (administrador) los gastos de defensa en los que incurriera y, el de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados en cumplimiento del mandato.

2.4.7.2. Propuestas doctrinales de responsabilidad no limitada al importe de la inversión comprometida con relación a los grupos de sociedades.

En este punto solo aplicaremos aquellas propuestas que tiene que ver directamente relacionadas con los grupos de sociedades, como por ejemplo:

1. O bien a cargo de los accionistas con posición de control en la sociedad.
2. O bien a cargo de quienes hubieren incurrido en el supuesto de hecho de la responsabilidad por el hecho de otro.
3. Una responsabilidad proporcional al grado de participación, más no solidaria.
4. O también, a supuestos de hechos de responsabilidad cometidos durante el tiempo en que los presuntos responsables detentaban la posición de control efectivo o, en algunas propuestas, también si la detentaban en el momento de presentación de la demanda o de la firmeza de la sentencia.¹¹⁶

Como podemos apreciar, existen diferentes maneras de presentación de responsabilidad por parte de los grupos de sociedades, sin embargo veremos mas adelante cómo el derecho español tomando como modelo al derecho alemán, va a subsanar dichos defectos en el establecimiento de la responsabilidad.

Nosotros consideramos que la responsabilidad del accionista (en este caso controlante) debería reflejar los límites de la responsabilidad por el hecho de otro, tal como lo señala Salvador y Gomez (2002):

En que una persona, el principal, responde por los daños causados por otra, el dependiente o agente, si media entre ambos una relación tal que el primero está legitimado para controlar los actos del segundo y si el daño se ha causado en el curso y desarrollo de la actividad encomendada por el principal al agente o con ocasión de ella”¹¹⁷.

¹¹⁶ Ibidem. Pág. 16.

¹¹⁷ Ver en: www.indret.com

Por ello, en esta situación es que se confrontan dos reglas y es que:

1.- Una regla de la responsabilidad ilimitada presupondría de entrada, la posición de control en el accionista, condición necesaria para poder hablar de principal y agente. Por ejemplo: el accionista con posición de control tiene mayor propensión a impulsar inversiones que ameriten riesgos, mientras que el accionista minoritario carece de dicha influencia decisoria en la marcha de la sociedad. En este caso, influye las reglas generales sobre responsabilidad por el hecho de otro, en donde se aplican típicamente en situaciones en las cuales una parte, el principal, controla la actividad de otra, agente, y se beneficia de los resultados de aquella: la regla incentiva (beneficio de la regla) al principal a seleccionar y controlar adecuadamente a su agente.

2.- Y, una segunda regla, que es la del error de admitir la responsabilidad ilimitada, esto en virtud de lo señalado por Hansmann y Kraakman (2000) y que dicen:

Para un empresario titular de dos empresas dedicadas a actividades heterogéneas (como la energía y la hostelería), hay buenas razones por las cuales puede resultar preferible que estructure de forma independiente el desarrollo de cada una de ellas mediante dos compañías que dependan de una holding, en lugar de recurrir a una sola compañía con dos áreas o ramas de actividad: los acreedores contractuales potenciales de cada una de las compañías jurídicamente independientes pueden calibrar los riesgos de mejor manera que si ambas actividades fueran desarrolladas por una sola sociedad (beneficio). Sin embargo, las ventajas de la especialización en el control pueden conseguir con una regla de responsabilidad subsidiaria de la sociedad

dominante del grupo: hay soluciones menos drásticas que la limitación de responsabilidad. Puede bastar con la concesión de prioridad a los acreedores de cada sociedad¹¹⁸ sobre los recursos de ésta” (p. 17) (el subrayado es nuestro).

Como vemos estas dos reglas no son las únicas que plantean la doctrina, otros autores también han propuesto aplicar una regla de responsabilidad parciaria, esto es, proporcional al grado de participación en el capital social. Rechazan, por tanto una regla de responsabilidad solidaria, ya que esta última (señalan los autores) que “incrementaría ex ante de forma excesiva los costes de la inversión, en cuanto obligaría a los inversores potenciales a averiguar el grado de solvencia de los restantes inversores, algo inviable en muchos casos” (Liberon, 1991, p. 1577).

Otra regla de responsabilidad que se plantea, es que la responsabilidad debería darse exclusivamente a los supuestos de dolo o infracción de disposiciones legales que tipifiquen ilícitos extracontractuales societarios. El ejemplo más citado es el del discutido alcance de la responsabilidad por el coste de la descontaminación medioambiental en los casos a los que se refiere la *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act de 1980*¹¹⁹ o CERCLA.

Por último, se planteó la tesis con relación al momento de disolución de la sociedad sin sucesor contractual, y calificaron a esta regla como una basada en la información (information-based

¹¹⁸ Aquí el derecho español trata de poner un freno con la propuesta (proyecto de código de sociedades mercantiles) en que si la sociedad filial de un grupo cae en quiebra, pues serán los acreedores que no tienen nada que ver con la sociedad en quiebra (es decir sociedades integrantes del grupo) las que cobren primero, así mismo las sociedades integrantes del grupo que hayan contraído créditos con la sociedad filial quebrada pues perderán voto en la Junta de acreedores.

¹¹⁹ El texto la podemos encontrar en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cascode/uscodes/42/chapters/103/toc.html>

rule). Es regla de la *information-based rule*, propuesta por HANSMANN y KRAAKMAN, pone al descubierto los puntos mas débiles de la regla de la responsabilidad ilimitada: de hecho, cualquier criterio basado en la información disponible apela a la responsabilidad de los administradores o, como mucho, a la de los accionistas con posición de control que, o bien, están presentes ellos mismos en el órgano de administración, o bien, lo está uno de sus agentes. Esta regla obliga a considerar que el accionista con capacidad real de influir en la marcha de la sociedad, y que decide no hacerlo así, debería responder por el abandono de una posición de garante, tesis que a su vez asume la imposición de un deber de administrar o, al menos, de controlar a los administradores, a cargo de quien goza de la correspondiente posición de control¹²⁰.

Y, finalmente con relación a la responsabilidad extracontractual, podemos tomar como ejemplo a *la Sentencia del 04 de Junio de 2002 de la Primera Sala del Tribunal Supremo Español*, mediante la cual se ha ordenado solidariamente a la sociedad dominante de un grupo periodístico a pagar una indemnización por daños ocasionados contra la moral. Los hechos ocurrieron así: en una revista (en donde en las primeras hojas aparecía la frase “Es una publicación del Grupo Z”) se publicó un reportaje que contenía frases gravemente atentatorias contra el honor de una señora (en concreto, se afirmaba que había sido novia de un narcotraficante, que estaba relacionada con el tráfico de estupefacientes y que era adicta a las drogas) y se utilizaba ilegítimamente su imagen (al publicarse unas fotografías de la demandante que habían sido obtenidas mediante engaño, supuestamente para una finalidad distinta). La afectada demandó a los autores del reportaje, a la sociedad editora y a la sociedad dominante del grupo, solicitando un texto de rectificación y una indemnización de 180.000 pesetas por los daños morales causados. La demanda fue estimada en primera instancia (aunque la

¹²⁰ Para mayor detalle ver en: Coderch, Pablo Salvador. p. 19.

indemnización se rebajó a 60.000 pesetas) y confirmada en apelación. Aplicando para tal caso el artículo 22 de la ley 14/1966, de Prensa e Imprenta, el Tribunal Supremo mantiene la condena solidaria a los autores del reportaje, al editor y a la sociedad dominante del grupo. En relación con esta última afirma lo siguiente: *“En el caso a que el recurso se refiere nos hallamos ante un grupo de empresas o sociedades de comunicación que editan diversas publicaciones, por lo que resulta aconsejable la aplicación del precepto últimamente mencionado, ya que aún cuando en condiciones normales ha de respetarse la independencia jurídica de las entidades que integran los grupos, pese a la unidad de dirección económica que a éstos caracteriza, no puede adoptarse la misma solución cuando se producen actuaciones susceptibles de causar perjuicios injustificados ya sea a los trabajadores de las empresas vinculadas, ya a sus acreedores, ya, como aquí sucede, a personas que nada tienen que ver con las mismas”*¹²¹.

¹²¹ La presente sentencia la podemos encontrar en la siguiente dirección: <http://www.poderjudicial.es/TribunalSupremo/Default.asp?OpcionWeb=cgpi>. Asimismo, podemos completar a dicha cita lo señalado en los fundamentos de derecho y que son:

- Se manifiesta que si bien la dificultad que genera el tratamiento jurídico de los Grupos de Empresas ha dado lugar a que se desarrolle una doctrina jurisprudencial según la cual existirá responsabilidad solidaria entre los componentes de estos grupos cuando se halle en peligro la seguridad jurídica y se trate de evitar responsabilidades contraídas con acreedores, socios minoritarios, trabajadores, etc. tal situación no concurre en modo alguno en el presente supuesto.
- En efecto, dado que la carencia de una completa regulación legal de los grupos de sociedades propicia la existencia de las que la doctrina denomina "lagunas de protección" se impone la búsqueda de mecanismos para la adecuada defensa de los perjudicados a que nos hemos referido.
- Ya en lo relativo a los acreedores, doctrinalmente se propugna la imputación de responsabilidad a la sociedad dominante, entre otros supuestos, en aquellos en que pueda entenderse que ha existido una vinculación más o menos explícita de la misma como garante, o bien cuando con sus propios actos ha creado una apariencia generadora de confianza para los terceros que contratan con las sociedades filiales.
- En tal contexto, la obligación solidaria de Grupo Zeta S.A. respecto a la indemnización de los perjuicios ocasionados a la demandante viene impuesta tanto por la aplicación del principio de protección de confianza en la apariencia, como, sobre todo, por la necesaria observancia de lo dispuesto en el ya citado artículo 22 de la Ley de Prensa e Imprenta, en cuyo ámbito han de considerarse comprendidos los supuestos en que una empresa controle a otras que editen publicaciones periódicas.

Por último, el tema de la responsabilidad de los administradores de la dominante que se recoge en el artículo 602° de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles del 2002, en donde se impone dicha responsabilidad por la actuación de los administradores de la sociedad dependiente que, siguen instrucciones de aquellos que contravengan la ley o los estatutos. Sin embargo, es conveniente precisar como la proyectada norma española reducía las estructuras de imputación en la conducta de los administradores de la dependiente, que habría de provocar la responsabilidad de los administradores de la dominante que les hubieran impartido instrucciones al respecto: sólo por actos contrarios a la ley o a los estatutos; no, en cambio, por los realizados incumpliendo los deberes con los que deberían desempeñar el cargo.

Adicionalmente, cabe agregar que dicha propuesta no sólo contempla obligaciones de las matrices respecto a las filiales, sino también ofrece derechos importantes. De este modo, los administradores de la empresa dominante tendrán el privilegio de dar instrucciones vinculantes a sus empresas filiales. El borrador no establece ningún límite a esta potestad, de manera que la sociedad dominada tiene la obligación de seguir estas instrucciones, pero tendrá derecho a recibir una compensación adecuada, que no será necesariamente una indemnización. De esta forma, la matriz consigue un control empresarial que le permite gestionar todas las empresas del grupo de una forma global.

Concluyendo con el tema de la imposición de responsabilidad a los administradores de la sociedad dominante, dicho tema también la encontramos en el famoso Informe Winter de 2002, el cual sugiere que se generalice en Europa una regla sobre responsabilidad de administradores por su actuación ilícita

(wrongful trading), especialmente en el caso de que la sociedad devenga insolvente. Esta regla se aplica a los administradores de sociedades tanto individualmente consideradas, como a las integradas en grupos. En relación con estas últimas señala que: *“The directors of a subsidiary company are subject to the rules, as well as the parent company and its directors if they operate as de ipso or “shadow” directors of the subsidiary”*¹²².

2.4.8. Protección de los Trabajadores frente a las relaciones existentes con las sociedades integrantes del Grupo

El tema de la protección de los trabajadores producto de la formación de los grupos de sociedades es sumamente importante ya que el derecho fundamental al trabajo, el mismo que se encuentra regulado en nuestra actual Constitución Política del Estado, se constituye en un derecho inherente a toda persona. Por tanto, si dicho trabajador laborase para un grupo de sociedades, este derecho debe de ser protegido en su integridad.

Por ejemplo, aquí muy cerca de nosotros nuestro vecino país del sur Chile se ha preocupado abiertamente sobre esta protección de los trabajadores a raíz de sus labores en los grupos económicos y han procedido a introducir una regulación muy importante y a la vez interesante sobre la protección a estos trabajadores y que se denomina “Ley de Subcontratación laboral”¹²³, publicado el 1 de Octubre de 2006 y entrado en vigencia el día 15 de Enero de 2007, en donde muchos legisladores, congresistas, académicos, etc. han visto con buenos ojos ésta norma ya que incluso en gran sector de los operadores legales están ahora discutiendo la posibilidad y muy fuerte de buscar un nuevo concepto de empresa, es decir modificar el concepto de empresas por Grupos de Sociedades, con lo cual se

¹²² Ver en: Informe Winter. Noviembre 2002. Chapter III. Pág. 68

¹²³ “Ley de Subcontratación Laboral”. Ley N° 20.123.Chile. Regula trabajo en Régimen de Subcontratación, el Funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios. Publicada en el Diario Oficial de Chile. Lunes 16 de Octubre de 2006. Normativa Chilena.

revolucionaría la legislación chilena en materia corporativa y estaría dando un salto tremendo en su legislación actual.

Pero, ¿Qué es lo que no interesa saber de ésta regulación con relación a los grupos de sociedades?, pues bien en la realidad a nuestro País le interesaría tener una regulación como ésta ya que es única en Latinoamérica, pero aparte de conocer toda esta legislación lo que más nos preocupa es tratar sobre un punto y que es muy importante e interesante tocar y que es la “Responsabilidad de la empresa principal”.

Esta Responsabilidad de la empresa principal se distingue de 2 maneras:

1.- SUBSIDIARIA.- En la actualidad la empresa mandante, que pasa a llamarse empresa principal con ésta nueva ley chilena, es subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y provisionales que afecten a los contratistas. Esto es, responde en subsidio del contratista, a favor de los trabajadores cuando no pueda hacerse efectiva la responsabilidad contra el respectivo contratista. Y, en los mismos términos, es subsidiariamente responsable de las obligaciones que afecten a los subcontratistas. La normatividad que entra en vigencia establece un sistema de control de los contratistas al cual queda asociada la responsabilidad subsidiaria, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral. El sistema contempla el derecho de la empresa principal a ser informada, por los contratistas y subcontratistas sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales (remuneraciones) y provisiones que correspondan a los trabajadores. De igual forma, el contratista respecto del subcontratista. El cumplimiento de estas obligaciones debe ser acreditado mediante certificados emitidos por la Inspección del Trabajo, o bien por “medios idóneos” o certificados emitidos por privados. Si el contratista o subcontratista no acredita oportunamente el cumplimiento, la empresa principal podrá retener el monto y estará obligada

a pagar con ello al trabajador o institución provisional acreedora. Lo mismo el contratista respecto del subcontratista.

2.- SOLIDARIA.- En el caso que la empresa principal no ejerza el derecho a ser informada ni tampoco el derecho de retención, entonces la responsabilidad pasa de ser subsidiaria a solidaria; esto es, la empresa principal responde directa e inmediatamente por las obligaciones laborales y provisionales del contratista y subcontratista que se le deben a los trabajadores, incluidas las eventuales indemnizaciones por el término de la relación laboral. En caso de no pago, el trabajador puede demandar de inmediato a la empresa principal sólo ante los tribunales de justicia, ya que la Inspección del Trabajo no es competente para ordenar pagos por responsabilidad solidaria o subsidiaria de la empresa principal.

Como vemos, no sólo estaríamos protegiendo los derechos del trabajador ni tampoco gastando dinero del Estado en realizar fiscalizaciones que no nos ayudan a nada que mas generan egresos que ingresos de corte social; sino es necesario que ese personal que se contrate pues realmente fiscalice y abarque lo mayor que pueda en beneficio de la protección al trabajador, ya que sería una fiscalización taxativa es decir que ataca al corazón de la empresa y que es el velar “por el material humano” con el que cuentan.

Por ello, después de realizar un breve análisis interesante a la regulación chilena sobre la presunción de un grupo económico en materia laboral a raíz de la subcontratación es que en el presente punto nos dedicaremos al estudio de la relación existente entre los Grupos y el trabajador, así como la problemática que se presenta al interior del Grupo con relación al trabajador.

2.4.8.1. Aspectos Generales.

Todo derecho de trabajo con relación al grupo pasa primero como ya lo hemos manifestado antes, por dar un concepto claro a cerca de los grupos de sociedades. El dar un concepto sobre grupo de sociedades, facilitará de alguna manera a reconocer la protección del derecho del trabajador frente a la mala u oculta actuación del grupo. Por ello, como ya lo hemos anticipado antes, la definición recogida acerca del concepto mercantil de grupo de sociedades no es otra cosa que una traslación al Derecho del Trabajo.

Sin embargo, como sabemos que el fenómeno del grupo de sociedades, se encuentra regulada por la jurisprudencia dictada por los Tribunales, siempre estos han manifestado su conformidad en atender a la realidad material por encima de la formal, así como por la multiplicidad de manifestaciones externas que conoce el fenómeno. Lo cierto de esto es, que la mayoría de las veces acaba por discutirse si realmente estamos o no ante un grupo empresarial.

La jurisprudencia española, a través de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, ha especificado los elementos que conforman el grupo de empresas a efectos laborales: i).- Pluralidad, ii).- Independencia Jurídica, iii).- Vinculación entre las empresas en un plano de igualdad o de subordinación. Estos tres (3) elementos son los que hemos estudiado anteriormente en el punto de dar un concepto idóneo sobre Grupo de Sociedades. Sin embargo, el tribunal a considerado un cuarto punto muy interesante con relación al tema laboral y que es el siguiente: iv).- *El concepto jurídico expuesto resulta insuficiente para identificar el grupo en las relaciones jurídico – laborales, siendo necesario una serie de elementos adicionales que dependerán de los efectos jurídicos que estén en juego (así, por ejemplo, para exigir la responsabilidad*

solidaria ante el incumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social a todas las empresas que lo integran).

Por esto, la idea principal que debemos considerar es que la prestación de servicios por parte del trabajador en el ámbito de un grupo de sociedades, presenta como problema inicial y relevante el de la identificación del empleador, pues ello incide directa o indirectamente en numerosos aspectos de la relación laboral (movilidad funcional y geográfica, ámbito de las medidas producto del Concurso – Reestructuración Patrimonial - de una Empresa, representación de los trabajadores en el ámbito de los grupos de sociedades, etc.).

La jurisprudencia española ha decidido la mayoría de las veces con relación al grupo, lo siguiente: tener como regla general el respeto a la autonomía de la empresa que aparece diferenciada (realidad formal), pero en algunos casos debe de levantarse esa apariencia o “velo” para que prevalezca la unidad económica y política subyacente (realidad material). Por ello, *“a nadie se le escapa que la atribución de la condición de empresario al grupo y no a cada empresa integrante del mismo (aunque figure formalmente como empleadora) trae consigo importantes consecuencias jurídicas en el plano de las relaciones labores”*¹²⁴. La consecuencia de esto será la identificación del sujeto responsable de cumplir las normas laborales, con la imposibilidad de dirigirse frente a las varias empresas integrantes del grupo, pero también acarreará consecuencias prácticas de índole procesal como por ejemplo: la legitimación activa o pasiva

¹²⁴ Sempere Navarro, Antonio y Areta Martínez, María “El Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresas: Inventario”. Ver en: REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES N° 48. Año 2004. Pag. 101. Asimismo dichos autores citan a ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAAMONDE, M. E. “Derecho del Trabajo, 21ª Edición Civitas. Madrid, España. 2003, Pág. 187; éstos últimos revisan la jurisprudencia existente en los diversos ámbitos y entienden que “la responsabilidad solidaria es más fértil y menos forzada que la de estimar que existe una sola empresa donde hay varios empresarios”.

Como podemos ver, una futura regulación de grupos de sociedades dirigida y aplicada hacia nuestra realidad y desde el punto de vista de la protección al trabajador, sería regularlo tomando como modelo los conceptos que la jurisprudencia española en lo laboral establece y que se viene manteniendo como regla general (en aras de la seguridad jurídica) hasta la fecha a través de la Sala 4ª del Tribunal Supremo en lo Social Español:

*"El grupo de empresas, a efectos laborales, ha sido una creación jurisprudencial en una doctrina que no siempre siguió una línea uniforme, pero que hoy se encuentra sistematizada en la Jurisprudencia de esta Sala. Así ya se afirmó que "no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de **elementos adicionales**" (Sentencias de 30 de enero, 9 de mayo de 1.990 y 30 de junio de 1.993). No puede olvidarse que, como señala la sentencia de 30 de junio de 1.993, "los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como persona jurídicas independientes que son". **La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad.** Ese dato será determinante de la existencia del Grupo empresarial. **No de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas.** Como dicho queda, para lograr tal efecto, hace falta **un plus**, un elemento adicional, que la Jurisprudencia de esta Sala ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1.- **Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo** (SS de 6 de mayo de 1.981 y 8 de octubre de 1.987). 2.- **Prestación de***

trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo (SS. 4 de marzo de 1.985 y 7 de diciembre de 1.987). 3.- **Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales** (SS. 11 de diciembre de 1.985, 3 de marzo de 1987, 8 de junio de 1.988, 12 de julio de 1.988 y 1 de julio de 1.989). 4. **Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección** (SS. de 19 de noviembre de 1.990 y 30 de junio de 1.993). Y todo ello teniendo en cuenta que "salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que **obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia,** siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores" (SS. de 26 de noviembre de 1.990 y 30 de junio de 1.993 que, expresamente, la invoca)."¹²⁵ (el subrayado es nuestro).

Por ello, como podemos ver, no es suficiente que dos o más empresas pertenezcan a un mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, en una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que para tal fin es necesario además, la presencia

¹²⁵ Resolución de la **Sala 4ª del Tribunal Supremo en lo Social de España de fecha 04 de Abril de 2002**. Sobre reconocimiento de la existencia o no de un grupo de empresas con relación al plano laboral. Esta Sala, desde 1990, viene manteniendo una línea uniforme y clara en orden a la exigencia de los elementos y requisitos que se han de cumplir para que la existencia de un grupo de empresas produzca consecuencias relevantes en relación con los contratos de trabajo y las responsabilidades laborales de las diferentes empresas que lo componen; siendo la consecuencia más destacable a este respecto la que supone la extensión de la responsabilidad solidaria a todas esas empresas que integran el grupo. Las sentencias que han consolidado esta doctrina son fundamentalmente las de 30 de enero, y 9 de mayo de 1990, 30 de junio de 1993, **26 de enero de 1998**, 21 de diciembre del 2000, 26 de septiembre el 2001 y 23 de enero del 2002, entre otras. El contenido de la doctrina que se mantiene en estas sentencias queda perfectamente reflejado en lo que expresa la citada sentencia de 26 de Enero de 1998, la misma que hemos procedido a citar textualmente y que forma parte de éste pie de página.

de elementos adicionales (el plus), que ayudarán a un mejor entendimiento de la relación del ámbito laboral con los grupos de sociedades. Dichos elementos son:

1. Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo. Es decir, para que se tome como empleador al grupo debe haberse dado, en la práctica, una prestación simultánea a varias empresas del grupo, lo comportaría “la aparición de un titular único de los poderes de organización y dirección” (Sempere, A. y Areta, M., 2004, p. 120).
2. La Confusión de patrimonios y plantillas. La idea es de que efectivamente exista una explotación y aprovechamiento conjunto de recursos humanos o materiales (esta se podría contemplar a través de un estado financiero consolidado, aunque no siempre es seguro).
3. Apariencia externa de unidad empresarial y de dirección. Esta se convertiría como importante indicio sobre la existencia de un grupo (aquí se recurre a la doctrina mercantil sobre la Apariencia). Es decir, dicha apariencia se presenta cuando las empresas integrantes del grupo comparecen ante los proveedores, clientes o público en general.
4. Creación de empresas aparentes sin sustrato real (off shore). “Del mismo modo que la ausencia de verdadera infraestructura patrimonio y dinámica propio conducen a presumir que no ha existido una subcontratación de obras o servicios, sino una cesión ilegal de trabajadores, ese dato opera a favor de la existencia de un grupo”¹²⁶ (Sempere, A. y Areta, M., 2004, p. 102).

¹²⁶ Ver en: SSTS, RCUd del 21 de Enero de 1997 (RJ 1997, 622).

En el complejo método valorativo la jurisprudencia española rechaza los automatismos y descarta también el surgimiento de “*responsabilidad solidaria entre las diversas empresas que integran el grupo por la mera coincidencia de accionistas*”¹²⁷, o por las circunstancias de que “*el administrador único de una mercantil sea representante legal de otra*”¹²⁸.

2.4.8.2. Del Desplazamiento Geográfico.

La figura del desplazamiento geográfico, consiste en la movilidad del trabajador a través de todas las empresas que conforman el grupo. Sin embargo, cabe precisar que dicho desplazamiento va a presentar dos situaciones muy particulares y que es necesario señalarlas:

- 1.- Cuando los trabajadores presten sus servicios de manera simultánea o sucesiva a las diversas empresas del grupo, dicho dato será relevante al momento de identificar la existencia de un solo y complejo empleador (*Situación General*); y
- 2.- Que como consecuencia de lo anterior, el trabajador puede circular entre las diversas unidades de producción que integran el grupo. Por ello tal movilidad, a su vez, tendrá una rica topología, tal como lo señala Sempere, A. y Areta, M. (2004), en su trabajo para la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España:

- Existe una plantilla única para todo el grupo y el trabajador presta servicios de forma indistinta, sucesiva o simultánea, en cualquiera de las empresas que lo

¹²⁷ Ver en Jurisprudencia Española: STS, RCU, de 21 de Diciembre de 2000 (RJ 2000, 1870). <http://www.poderjudicial.es/tribunalsupremo/>

¹²⁸ Ver en Jurisprudencia Española: STS, RCU, de 26 de Diciembre de 2001 (RJ 2001, 5292). <http://www.poderjudicial.es/tribunalsupremo/>

integran, existiendo una sola relación laboral con el grupo.

- El trabajador presta servicios para las diversas empresas que integran el grupo mediante sucesivos contratos de trabajo con cada una de ellas. En estos casos la relación laboral con una empresa del grupo queda en suspenso para comenzar a prestar servicios en otra empresa del mismo con la que celebra un nuevo contrato de trabajo.
- El trabajador contratado por una de las empresas del grupo es puesto a disposición de otras empresas del mismo grupo manteniéndose la relación laboral inicial y con posibilidad de retorno a la empresa de origen.¹²⁹ (p. 103).

Como vemos, nos encontramos ante supuestos reales que también se aplican a nuestra realidad y que al igual que en España hay una ausencia de regulación legal al respecto. Sin embargo, lo que hay a la fecha es un Anteproyecto de Ley General de Trabajo, que cae en imprecisiones al momento de definir el concepto de Grupos de Empresas así como las presunciones. Aunque no hay que desmerecer la labor de nuestro legislador al considerar ya en nuestro País de que efectivamente hace falta conceptualizar la figura de los Grupos y que con ello conllevaría a facilitar el reconocimiento de una unidad legal, así como la protección de los trabajadores que transitan en las diferentes empresas del Grupo. Por ello, dicho Anteproyecto propone un articulado al respecto y que a nuestro entender es muy vago ya que no cuenta con los elementos suficientes para su regulación¹³⁰.

¹²⁹ Asimismo para complementar lo señalado por los respectivos autores, recomendamos ver las siguientes sentencias dictadas por los jueces españoles: STS de 22 de Marzo de 1991, en donde el grupo de empresas aparece como empresario único; y STS de 31 de Enero de 1991.

¹³⁰ Artículo 8º.- Transferencia de trabajadores.-

La transferencia de trabajadores entre empresas que forman un grupo no afecta las remuneraciones ni la antigüedad del trabajador.

España, para paliar dicha ausencia legal lo que hace es dejarlo a manos de la jurisprudencia, ya que esta entiende que aunque cada empresa del grupo actúe de forma autónoma, con su propia plantilla, en donde si un trabajador es trasladado de forma temporal o permanente de una a otra empresa del grupo, aunque no se haya concertado previamente un acuerdo ad hoc, el supuesto debe de considerarse como lícito¹³¹. Asimismo, la normativa de la Comunidad Europea, en su artículo 1.3. b) de la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de Diciembre de 1996, con relación al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios señala que la Directiva será de aplicación cuando las empresas desplacen a un trabajador *“a un trabajador al territorio de un Estado miembro, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al grupo, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el período de desplazamiento”*.

En Francia, por ejemplo en su Código de Trabajo aprobado por Ley N° 95 – 12, del 12 de Enero de 1995, señala en su artículo L. 122 – 14 – 8 sobre *El Destacamento al Extranjero*, que cuando un trabajador ha sido destacado a una filial extranjera, y la filial lo despide, la sociedad matriz debe de asegurar su retorno

¹³¹ Solo habrá Cesión Ilegal de los trabajadores cuando se viole el Artículo 43° del Texto Refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores de España, aprobado por Real Decreto N° 1/1995 de 24 de Marzo de 1995.

Artículo 43. Cesión de trabajadores

1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.
2. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en el apartado anterior responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.
3. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

y brindarle un trabajo. Esta medida acarrea como consecuencia el responsabilizar a la sociedad matriz y correr con los riesgos del despido¹³². Lo mismo ocurre con la jurisprudencia francesa ya que elige un camino similar al de la ley. Por ejemplo:

A).- La Determinación del empleador.-

El asalariado que ha sido despedido por una filial tiene razón en decir que en realidad su verdadero empleador es la sociedad matriz y no la filial. En efecto, la sociedad matriz consta por lo general de una mayor capacidad financiera para pagar las indemnizaciones de despido.

“Los jueces decidieron en ciertas ocasiones que el verdadero empleador es la sociedad matriz, dado que ésta posee el poder de dirección del empleado”.

Como podemos apreciar, tanto en España como en Francia dan mucha importancia al tema del traslado de los trabajadores, ya que lo que se trata aquí es de proteger el derecho del trabajador y que es el derecho constitucional al trabajo, esta protección se realiza frente a las argucias que puedan hacer la matriz con sus empresas dominadas, con el propósito de no reconocer y pagar los beneficios laborales y las respectivas indemnizaciones (sea el caso) a las cuales todo trabajador tiene

⁽¹³²⁾Article L122-14-8

(Décret n° 74-808 du 19 septembre 1974 art. 4 Journal Officiel du 29 septembre 1974)

Loi n° 91-72 du 18 janvier 1991 art. 1 Journal Officiel du 20 janvier 1991)

Lorsqu'un salarié, mis par la société au service de laquelle il était engagé à la disposition d'une filiale étrangère à laquelle il est lié par un contrat de travail, est licencié par cette filiale la société mère doit assurer son rapatriement et lui procurer un nouvel emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions au sein de la société mère.

Si la société mère entend néanmoins congédier ce salarié, les dispositions de la présente section sont applicables. Le temps passé par le salarié au service de la filiale est pris en compte pour le calcul du délai-congé et de l'indemnité de licenciement.

derecho o en su caso buscar artificios para que dichos beneficios sean aplicables pero a su mínima expresión.

Luego, para el caso de que una empresa entre en Concurso y decida reestructurarse ante una situación de crisis empresarial, compartimos lo establecido por la regulación española en el sentido de que antes de poner en juego la extrema medida de los despidos colectivos se aborden las dificultades acudiendo al traslado del trabajador a otro puesto en el seno de otra empresa del mismo grupo¹³³ (el subrayado es nuestro).

En conclusión, podemos decir que se está dentro del campo del desplazamiento geográfico cuando la decisión empresarial pretende mejorar el funcionamiento del grupo, es decir, cuando responde a razones técnicas, organizativas o de producción; es decir, en la práctica es como si se produjera un cambio de destino de uno a otro centro de la misma empresa. Asimismo, el trabajador movilizado mantendrá las condiciones de trabajo y empleo que tenía y el disfrute de los derechos adquiridos como el de antigüedad. Por eso, la admisión de la movilidad de los trabajadores dentro del grupo constituye un fenómeno derivado de la consideración del grupo como unidad empresarial; y que trae como consecuencia claros beneficios para los trabajadores (especialmente en orden a la exigencia de responsabilidades), esto es en la adquisición de experiencia por parte del trabajador que ha laborado en cada una de las empresas ya sean dedicadas todas estas a la misma actividad económica o en su caso a distintas actividades económicas, así como también en los diversos cargos de las

¹³³ El artículo 6.1. c) del Real Decreto 43/1996, de 19 de Enero de 1996, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativas en materia de traslados colectivos, señala que “antes de que un trabajador se vea afectado por un despido colectivo se adoptarán medidas dirigidas a la readaptación o a la reconversión de los trabajadores y su posible integración en otros puestos de trabajo en el seno de la empresa o grupo de empresas”.

empresas integrantes del grupo en las cuales el trabajador se pudo haber desempeñado.

2.4.8.3. Representación Unitaria y Sindical del Grupo

Con relación a la representación sindical del Grupo, tanto España como Francia en sus respectivos ordenamientos jurídicos prevén dos ámbitos de representación de los trabajadores:

1.- Una Representación Unitaria; el mismo que se puede presentar a nivel de centro de trabajo (delegados de personal o Comité) y a nivel de empresa en su integridad (Comité¹³⁴ intercentros para el caso español); y

2.- Una Representación Sindical; aquí la principal interrogante es la posibilidad de constituir secciones sindicales con implantación en todas las empresas del grupo; la operación es compleja (y polémica) si no existe de por medio una voluntad bilateral. Las dudas se despejan, si mediante un convenio colectivo grupal se reconoce el derecho a constituir Secciones Sindicales de Grupo de empresas, lo que comportará el cómputo global de los empleados.

Actualmente, existen diversos instrumentos europeos que contemplan la creación de un Comité de Empresas Europeo¹³⁵, además de incorporar un mecanismo para la mejora de los derechos de información y consulta de los trabajadores en los grupos de

¹³⁴ En Francia, el tema del Comité de Grupo se encuentra protegida por el Artículo L 439 – 1 del Código de Trabajo, aprobado por Ley N° 95 – 12, del 12 de Enero de 1995, en donde con el simple hecho que se de la existencia de un grupo ésta conllevará a la creación de un comité de grupo. Este comité estará compuesto por representantes del personal y es presidido por el director de la sociedad matriz. Además, la jurisprudencia otorga poder al grupo para solicitar delante del juez un perito que controle la gestión en una de las sociedades.

¹³⁵ La Directiva N° 94/45/CE, de 22 de Setiembre de 1994 del Consejo, trata sobre la Constitución de un Comité de Empresas Europeo.

empresas de dimensión comunitaria, instauran una nueva vía de representación de los trabajadores a nivel de grupo de empresas, por encima de los órganos de representación unitaria y sindical que puedan existir en cada una de las empresas del grupo.

Como vemos, todas las iniciativas europeas en materia de darle una salida a la representación de los trabajadores frente al grupo, se encuentran muy avanzadas y hasta podríamos decir sui generis, porque conjugan una serie de temas como son: la existencia de grupo, la negociación colectiva en esta materia, un convenio colectivo, la voluntad por parte del grupo, etc.

2.4.8.4. Aspectos Complementarios.

Con relación a los aspectos complementarios, solo tendríamos que señalar algunas consideraciones generales pero sin entrar en detalles. Dichas consideraciones servirán para sumar a lo ya descrito hasta el momento así como a comprender mejor la relación existente entre los trabajadores con la figura de los grupos de sociedades. Estos aspectos complementarios son:

- A. Desde el punto de vista de la negociación colectiva, la doctrina establece que estando legitimados para negociar convenios colectivos de empresa el empresario o sus representantes, cabrían diferentes situaciones: a).- Negociación directa a través de la participación de todas y cada una de las empresas integrantes del grupo, b).- Negociación indirecta a través de la representación otorgada a un tercero por delegación y c).- Negociación a través de la representación directa y automática de la sociedad que ejerce el control efectivo de la gestión, si se

tratase de grupos de empresarios por subordinación (Adhesión de las demás empresas del grupo)¹³⁶.

- B. Con relación al tema de Pensiones de los trabajadores en un Grupo de Empresas, esto queda muy bien regulado en la Normativa Española a través del Capítulo X de la RD 1589/1999 de 15 de Octubre de 1999, que trata sobre los Planes de Pensiones del Sistema de empleo¹³⁷ de promoción conjunta, en donde el legislador español no solo reconoce la realidad del grupo de empresas, sino también de que esta figura se convierta en promotor de un Plan de Pensiones, como medida de protección social complementaria. Sin embargo, esta promoción conjunta de un Plan de Pensiones por el Grupo queda limitada en los siguientes aspectos: a).- Las empresas que forman parte del grupo, deberán de tener la forma de sociedades mercantiles capitalistas; por ello en virtud de dicha disposición y como ya lo hemos manifestado antes de que lo más acertado sería emplear el término de grupo de sociedades antes que el término del grupo de empresas; b).- Los grupos de sociedades constituidos conforme a la legislación española y con domicilio social en el territorio nacional. Sin embargo, esto hace que dicha promoción conjunta no concorra hacia el grupo de dimensiones comunitaria o multinacional. Asimismo, continuando con el comentario al capítulo X de dicha normativa española, también señala que todas las empresas pertenecientes a un mismo grupo quedarán incorporadas en el mismo Plan de Pensiones, salvo que, antes de constituirse el grupo empresarial, la empresa que entró a formar parte del mismo ya tuviera su propio Plan de Pensiones individual. Adicionalmente, si una vez constituido el plan de pensiones

¹³⁶ Monereo Perez, J. y Molina Navarrete, C. 2la negociación colectiva en los grupos de empresas: problemas, tendencias y perspectivas”. TS N° 98. España. 1999. Pág. 59. Para mayor información ver en: Sempere Navarro, Antonio y Areta Martínez, María. p. 113.

¹³⁷ Cuando hablamos del Plan de Pensiones bajo el Sistema de Empleo, nos estamos refiriendo a una de las 3 modalidades, ya que la Legislación española contempla también los sistemas Asociado e Individual.

conjunto alguna empresa se incorpora en el grupo podrá integrarse en el mismo¹³⁸. Finalmente, la reciente Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de Junio de 2003, relativa a las actividades y supervisión de pensiones de empleo, ha previsto en su Artículo 18º, las normas que bajo el principio de *“regla de la persona prudente”*, han de regir la inversión de activos en fondos de pensiones de empleo promovidos, entre otros, por grupos de empresas.

C. Con relación a las Sanciones Administrativas de índole laboral, la normativa española¹³⁹ con relación a los grupos de empresas prevé la tipificación como infracción grave en su Artículo 9.1.a) los siguiente: *“no facilitar la información solicitada sobre el número de trabajadores a efectos de definir la existencia de una empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria con el fin de constituir un comité de empresa europeo o de establecer, un procedimiento alternativo de información y consulta a los trabajadores”*.

D. Con relación a las Cuestiones Procesales sobre los Grupos de Sociedades¹⁴⁰, mas específicamente en lo que concierne a la Legitimación y Litisconsorcio, así como a la Distribución de la carga de la prueba con relación a la existencia del grupo, podemos indicar lo siguiente: que con relación al primero, no existe inconveniente en la legislación española en admitir que el grupo de sociedades pueda comparecer en un proceso laboral como parte demandante o demandada por medio del sujeto que asuma la organización, dirección o gestión de aquella unidad patrimonial sin personalidad (Artículo 16.5 de la Ley de

¹³⁸ Para mayor información se puede acudir a la RD 1589/1999, de 15 de Octubre de 1999. Así como podrá ver en: Sempere Navarro, Antonio y Areta Martínez, María. Pág. 117.

¹³⁹ Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), aprobado por Real Decreto Legislativo N° 5/2000, de 4 de Agosto de 2000.

¹⁴⁰ Para mayor información ver en: Sempere Navarro, Antonio y Areta Martínez, María. Op. Cit. Pág. 120-123.

Procedimiento Laboral¹⁴¹), sin embargo en el caso peruano esto no se encuentra bien regulado, ya que no existe a la fecha una norma corporativa que regule a los grupos de sociedades para que en este caso las normas laborales apliquen dichas figuras en sus respectivos dispositivos legales. Sin embargo, lo más cercano que se aplicaría en éste punto sería lo señalado por el Artículo 10° de la Ley Procesal del Trabajo que trata sobre la Comparecencia¹⁴². Por ello, remitiéndonos a la legislación española si el trabajador demandante presta servicios para la dirección real del grupo de sociedades carente de personalidad y no en una de las concretas entidades que lo integran, se adoptará el tratamiento dispensado para demandar a una comunidad de bienes, siendo demandado el grupo en la persona de sus organizadores, directores o gestores¹⁴³. Sin embargo, la cuestión no es pacífica cuando el trabajador demandante presta servicios en una de las concretas entidades con personalidad jurídica que integra el grupo. En tales situaciones se cuestiona si la demanda habrá de interponerse: Primero.- Frente al grupo sin personalidad; Segundo.- Conjuntamente frente a todas y cada una de las empresas que lo integran y son responsables solidarias; o Tercero.- Únicamente frente a la empresa que formalmente aparece como empleadora por haberse concertado con ella el contrato de trabajo. Bueno, la solución mas apropiada no sería en todo caso interponer la demanda exclusivamente frente al grupo como tal¹⁴⁴, sino dirigirse a

¹⁴¹ Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral Español.

¹⁴² **Artículo 10°.- De la Comparecencia.-**

Las partes deben comparecer por sí mismas. Pueden conferir su representación a persona civilmente capaz, mediante poder extendido con las formalidades que la ley permite (...).

Ver en: Ley Procesal de Trabajo, Ley N° 26636 de fecha 21 de Junio de 1996.

¹⁴³ Embid Irujo, M. “Caracterización jurídica del grupo de sociedades y su significado en el derecho del trabajo”. RL. Tomo I. 1985. Pág. 27.

¹⁴⁴ “Entre los inconvenientes por esta opción se aprecia que una futura ejecución sólo podrá instarse frente al grupo sin personalidad y puede suceder que no pueda llevarse a cabo la ejecución porque no tiene bienes propios a su nombre. Parece que en tales casos sería necesario, cuando menos, demandar a la entidad para la que se prestaban servicios. Además, estando el grupo formado por varias entidades con personalidad jurídica, lo lógico sería que el demandante antes de dirigirse al grupo como tal demandase a una, algunas o todas las entidades que lo integra”. Ver en: **MOLINER TAMBORERO, G.** “La

alguna (o todas) las empresas que integran el grupo (Litisconsorcio). En este sentido, el Código Civil Español en su Artículo 1144° señala que: *“el acreedor podrá dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos conjuntamente”*¹⁴⁵. Para el caso peruano, también se puede presentar el tema de la solidaridad pero desde el punto de vista del carácter simultáneo. Esto lo vemos, en el Artículo 1186° del Código Civil¹⁴⁶ y que señala: *“El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. (...)”*. Concluyendo con esta primera parte, normalmente la doctrina establece que antes que demandar conjuntamente a todas las empresas que integran el grupo lo lógico sería dirigirse frente a aquella que se tenga constancia es más solvente, máxime si tenemos en cuenta que el trabajador no siempre conocerá todas las empresas que integran el grupo¹⁴⁷. Finalmente, con relación a la segunda cuestión que trata sobre la carga de la prueba, tenemos que indicar lo señalado tanto por la Ley de Enjuiciamiento Civil Español¹⁴⁸ como por la jurisprudencia española, en donde señalan que *“la carga de probar la existencia de grupo de empresas y sus particularidades incumbe a quien pretende hacer valer los efectos jurídicos laborales atribuidos a los mismos en cada supuesto”*¹⁴⁹. No obstante, tal carga no ha de llegar necesariamente a la demostración de todas las interioridades negociales o mercantiles del grupo, que difícilmente estará al alcance del trabajador (si es el

problemática procesal de los grupos de empresas”. En: AA.VV.: Aspectos Laborales de los grupos de empresa. CGPJ. Madrid, España. 1994. Págs. 86 y 87. (el subrayado es nuestro)

¹⁴⁵ Código Civil Español. Ver en: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/INDEXCC.htm>

¹⁴⁶ Código Civil Peruano. Ver en: http://www.alterini.org/fr_online.htm

¹⁴⁷ Navarrete Molina, C. “La regulación jurídico-laboral de los grupos de sociedades: problemas y soluciones”. Editorial COMARES. Granada, España. 2000. Pág. 264-269. Ver también: Moliner Tamborero, G. Op. Cit. Pág. 85-93.

¹⁴⁸ Ley de Enjuiciamiento Civil Español, aprobado por Ley N° 1/2000, de fecha 07 de Enero de 2000. Que en su Artículo 217.6. Trata sobre la Carga de la Prueba.

¹⁴⁹ Ver jurisprudencia española: SSTTS de 10 de Octubre de 1987.

interesado en acreditarlo)¹⁵⁰, pero sí ha de comprender las características especiales que tienen relevancia para las relaciones de trabajo y, muy particularmente, en orden a la responsabilidad solidaria de los componentes”¹⁵¹. Por tanto, se desprende del análisis jurisprudencial español que, la Carga de la Prueba solo será aplicado por el que alega el derecho laboral (en este caso el trabajador), pero sin llegar a apreciar las partes internas económicas que conforman el grupo (es decir las vinculaciones económicas al interior del grupo), ya que éste no cuenta con los elementos suficiente y esenciales para poder dar con esto; además lo que sí sería necesario, es dar una visión de características especiales por lo cual dicho trabajador ha tenido relaciones con el Grupo, para que de esta manera pueda darse algún tipo de responsabilidad solidaria, y que es al final la posición por la cual se inclina la mayoría de los doctrinarios que hemos estudiado hasta ahora.

2.4.9. La Contratación Pública y los Grupos de Sociedades

El tema de la Contratación Pública y su relación con los grupos de sociedades o sociedades vinculadas a un mismo grupo económico, es un punto muy interesante y novedoso para nuestra legislación nacional, a pesar que en países como España¹⁵² y Panamá¹⁵³ ya lo mencionan en sus

¹⁵⁰ Ver jurisprudencia española: SSTS de 10 de Noviembre de 1987.

¹⁵¹ Ver jurisprudencia española: SSTS de 30 de Diciembre de 1995.

¹⁵² **Artículo 15°.- Capacidad de las Empresas.-**

Podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, requisito este último que será sustituido por la correspondiente clasificación en los casos en que con arreglo a esta Ley sea exigible.

En el supuesto de personas jurídicas dominantes de un grupo de sociedades, se podrá tener en cuenta a las sociedades pertenecientes al grupo, a efectos de acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, o de la correspondiente clasificación, en su caso, de la persona jurídica dominante, siempre y cuando esta acredite que tiene efectivamente a su disposición los medios de dichas sociedades necesarios para la ejecución de los contratos. Real Decreto Legislativo N° 2/2000, de 16 de Junio de 2000 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Ver en: http://www.derecho.com/xml/disposiciones/trini/disposicion.xml?id_disposicion=34493

¹⁵³ **Artículo 46°.- Declaración de Deserción.-**

Mediante resolución motivada, la entidad contratante podrá declarar desierto el acto de selección de contratista:

respectivas regulaciones de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. En este punto trataremos de dar solo unas pequeñas pautas, de cómo interviene el grupo económico en su relación con el Estado, vía la contratación pública. Entonces, antes de pasar a esos puntos debemos de marcar nuestro punto de partida, el mismo que obedece a contestar la siguiente pregunta: ¿Por qué regular a los Grupos de Sociedades en nuestra Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado?. Nosotros consideramos necesaria su regulación por cuanto la relación económica existente entre el empresariado peruano y el Estado a través de las compras estatales, reportan un desembolso de aproximadamente 4,000 millones de dólares anuales, desembolso que se encuentra destinado para la celebración de contratos de compra de bienes, contratos de servicios, contratos de ejecución de obras y contratos de arrendamiento de bienes a favor del Estado.

Pues bien, nos encontramos aparentemente ante un “Estado Promotor” de las inversiones en el sector público, tomando en consideración para ello la magnitud en el monto de gastos en la contratación estatal descrito líneas arriba, pero y ¿Qué tiene que ver los grupos de sociedades en la participación estatal?, pues su participación no solo es importante en la economía nacional sino también en su relación con el Estado en materia de inversiones en el Sector Público (ya sea a través de la contratación de consultoras especializadas, de trabajos en carreteras, de penetración de tecnologías, privatizaciones y concesiones, etc.), todas estas se realizan a través de la participación de todo el empresariado en general ya sean estos en grandes, medianos y pequeños empresarios, incursionado

1. (...)

2. (...)

3. Si las propuestas provienen de un mismo grupo económico de sociedades vinculadas. Se entiende que existen sociedades vinculadas a un mismo grupo económico en el caso de filiales y de subsidiarias, o cuando el capital de una de ellas pertenezca, por lo menos, en el cincuenta por ciento (50%) a otra sociedad del mismo grupo; cuando tengan integradas las juntas directivas o los representantes legales con las mismas personas, o cuando, en cualquier otra forma, exista control efectivo de una de ellas sobre las demás o parte de ellas. (...)

Ley N° 56, de 27 de Diciembre de 1995, por el cual se regula la Contratación Pública y se dictan otras Disposiciones. Panamá.

para tal fin en diferentes modalidades ya sea mediante Consorcio, Joint Venture y porque no mediante la figura del Grupo de Sociedades.

Sin embargo, así como pueden existir beneficios para el Estado producto de la participación de los empresarios en sus diferentes modalidades, cabe también señalar que existen dificultades o perjuicios al momento de participar en algún tipo de contratación con dicho Ente (ya sean estos de obra, de servicio o compra de bienes), sobre todo cuando dichas empresas pertenecen a un mismo grupo empresarial o societario, y que pueden ser los siguientes:

1. Falta de Transparencia en la Contratación.- Indudablemente, es un perjuicio importante para el Estado, ya que la mayoría de las contrataciones que se realizan y que ocurren no solo en nuestro País sino también a nivel mundial, pasa porque la falta de transparencia hace que incurra en gastos extras para el Estado, genera corrupción al interior de los órganos estatales y privados, pliegos sesgados o preconcertados con particulares (con el propósito de favorecer a diferentes personas ya sean éstas naturales o jurídicas, se elaboran tanto las Bases como los Términos de Referencia con nombre propio a cambio de favores), pagos de coimas, contratación a través de testaferros, favorecimiento a determinados contratistas que monopolizan la contratación de una entidad, violación de las normas de publicidad y selección, etc. Por ejemplo, una muestra clara para este punto y que guarda relación con los grupos empresariales es lo que sucede en Colombia (ponemos a este País como ejemplo porque se sujeta mas a la realidad peruana), en que El 78 por ciento de los funcionarios encuestados en todo el país señalaron a los grupos económicos como los actores que mayor capacidad y dominio tienen para influir, a través de sobornos, en las decisiones del Estado. Igual opinó el 80 por ciento de los empresarios entrevistados. De igual forma ocurre con la intervención de los funcionarios en dichas contrataciones, en donde estos teniendo la

potestad para decidir el giro de dichas contrataciones (es decir desde el momento de la realización de los Términos de Referencia hasta el momento en que se Otorga la Buena Pro y quedando finiquitado con el Consentimiento), pues desarrollan cada uno de éstos pasos para favorecer a una determinada persona a cambio de una retribución en el pago objeto del contrato.

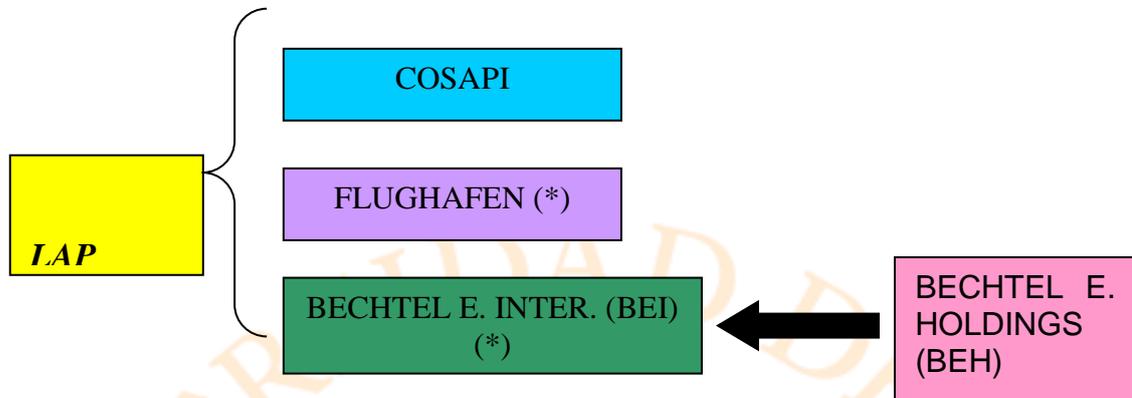
2. El problema De la Capacidad y Solvencia de las Empresas.- Es un aspecto muy importante en la Contratación Pública ya que toda persona que desee participar en las Contrataciones Estatales, debe de contar con una solvencia positiva en todo aspecto. Sin embargo, para el caso de un Grupo de Sociedades en donde la empresa o sociedad dominante no cuente con la solvencia económica, financiera, técnica y profesional sobre sus sociedades dependientes, lo que ocurrirá es que se dará la presunción de inseguridad con la contratación no solo sobre la sociedad dominante sino también sobre cada una de las sociedades que integran el grupo y que este bajo el dominio de la controlante. Un ejemplo que puede guardar relación con este punto es el caso peruano de la LAP (Lima Airport Partners), en donde dicho Consorcio formado inicialmente por las empresas: Flughafen Frankfurt Main Aktiengesellschaft, Bechtel Enterprises International Ltd. Y Cosapi S.A. (poseedora del 14.50% restante de participación accionaria), ganaron la Licitación Internacional para administrar el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez por el plazo de 30 años. Este Consorcio debió de invertir unos 44 millones de dólares de los 100 a los que se comprometió hacer hasta antes de agosto de 2004. Sin embargo según cifras de OSITRAN dicho Consorcio ha ejecutado obras por 12 millones de dólares a Abril de 2003. Por ello, es poco probable que en este plazo se realicen las obras a las que los obliga el contrato. A saber: un hotel cuatro estrellas, un centro comercial, diecinueve (19) mangas para el desembarco de pasajeros. La posibilidad de ver estas obras concluidas se hace más escasa, si tomamos en cuenta que Cosapi se encuentra en proceso de reestructuración en Indecopi, al mantener una deuda de aprox. 47 millones de dólares. A eso se suma también el hecho de que

Bechtel Enterprises International ha sido reemplazado¹⁵⁴ por Alterra Partners, una empresa nueva en el mercado. Todo este engorroso y complejo movimiento de creación de sociedades, así como sustitución y transferencia de acciones dentro de empresas que se han creado con el propósito de intervenir de alguna forma en el desplazamiento de una empresa estratégica en el consorcio, no hace mas que hacernos presumir: primero la de un incumplimiento del contrato y segundo la manera de ¿Cómo salir de este negocio?, ya que el mismo se había visto afectado por el atraso en los compromisos a las cuales el consorcio estaba obligado a cumplir con el Estado Peruano, sabiendo que sí incumplían, pues estaban sujetos a una multa exorbitante y de las cuales la matriz no iba ha reconocer. A continuación, graficaremos el Concesionario de la LAP antes y después de todos los manejos societarios que ocurrieron en su momento.

¹⁵⁴ De acuerdo al contrato de concesión, el MTC debió autorizar por escrito a Bechtel antes de que se realizara esta operación. Solo con un “permiso previo y por escrito” del MTC, como indica el contrato en sus artículos 2.6.2. y 16.1.1., la corporación podía llevar a cabo este cambio o sustitución. Los artículos antes señalados expresan que “el concesionario requerirá la aprobación previa y por escrito del Concedente para la incorporación de nuevos socios mediante cualquier modalidad o reemplazarlos. El contrato por tanto trata de evitar que “de cualquier forma directa o indirectamente se sustituya cualquier inversionista estratégico, a fin de asegurar que quien obtuvo la buena pro efectivamente actúe como Concesionario durante la vigencia de la Concesión” (Artículo 2.6.2.). Pero esto no queda aquí, el tema de fondo viene en el siguiente artículo y que es 15.2.1.4. en el cual se manifiesta que se considera incumplimiento del contrato “la suscripción o la eliminación de un inversionista estratégico o del Operador Principal, o la cesión o intento de cesión de posición contractual del Concesionario; sin la debida aprobación previa del Concedente”. Como se puede apreciar, todas estas cláusulas obedecen en el fondo al reconocimiento de la existencia de en una futura vinculación empresarial, es decir al reconocimiento de un Grupos Societario **(que en la definición de “control” que se halla en el numeral 1.19 del contrato en donde establece las condiciones acerca de la existencia de “control”: 1. Cuando se posee más de la mitad del poder de voto en la junta de accionistas y 2. Cuando se tiene la facultad para designar o remover a la mayoría de los miembros del directorio)**, y que de alguna forma trata de manejar esta figura legal mercantil en provecho del grupo (la matriz) y no en provecho de la Licitación en cuestión. Esto queda corroborado con la sustitución del accionistas estratégico que es Bechtel Enterprises International (BEI) por la empresa Alterra Lima Holding (ALH). Efectivamente, no se transfirió la participación de ALH (el 42.75% de las acciones) a AP (Alterra Lima Partners), gracias a una cuidadosa maniobra legal. Por el contrario se ha mantenido a ALH como socia estratégica del consorcio. Una fachada legal para no quebrantar el contrato. Sin embargo, el 31 de diciembre de 2001 Bechtel Enterprises Holding (BEH) que es la matriz de la subsidiaria BEI, y propietaria del 100% de las acciones de Alterra Lima Partners, traspasó el 50% de sus participaciones en esta compañía a Singapore Changüi Airport Enterprises (SCAE), y el otro 50% a Bechtel Alterra Holding (BSH), una empresa creada para la ocasión y de la cual BEH es dueña en su 100%. Asimismo, los accionistas de Alterra Partners que son BAH y SCAE , se pusieron de acuerdo en que sería BAH (subsidiaria de BEH), tiene la facultad de nombrar tres de los cuatro directores. **Fuente:** Diario el Comercio de fecha 23 de Abril de 2003. Sección Economía & Negocios.

1. ANTES: SITUACIÓN AL INICIO DE LA CONCESION

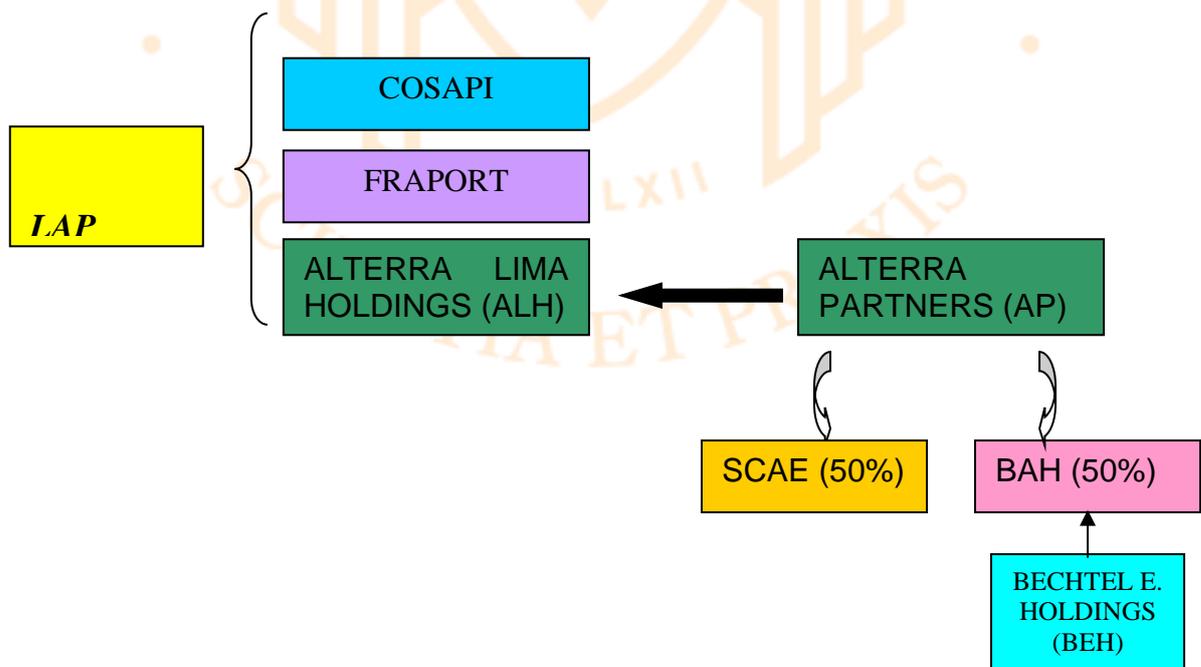
Figura N° 5: Antes: Situación al inicio de la Concesión



(*) Inversionista estratégico

2. DESPUÉS: SITUACIÓN DESPUÉS DEL MOVIMIENTO SOCIETARIO

Figura N° 6: Después: Situación después del movimiento societario



En conclusión, que importante es el dar un concepto mercantil acerca de control y grupos de sociedades y aplicarlo al sector estatal, ya que como hemos visto del ejemplo propuesto se ha utilizado la figura de control (de forma incompleta e imprecisa) en la elaboración del contrato de licitación pública internacional, mas no el concepto del grupo de sociedades, figura jurídica mercantil trascendental en la aplicación no solo para el derecho societario, sino también para diferentes ámbitos, sumándose en esta ocasión el Derecho Administrativo. Y;

3. De la participación de las empresas vinculadas.- Sin duda es otro problema en materia de contrataciones estatales que se da al momento de presentar las propuestas para participar en un acto de selección de contratistas. Pues, el simple hecho de que las propuestas provengan producto de la participación de sociedades vinculadas económicamente, esto de alguna manera limitaría a la participación de otras sociedades o empresas que quieran postular con sus ofertas, copando así dichos grupos empresariales los diferentes actos de selección de las diferentes entidades del estado, así como atentar de alguna forma a la libre competencia en el sector estatal. Por ello, lo ideal sería regular esta participación de las sociedades vinculadas a través de un articulado en donde se incluya el concepto de Grupo o en su caso haya la presunción de control, que si dichas sociedades se encontraran en alguno de los casos de control (sobre presunciones de vinculación), pues se podría declarar de alguna forma Desierta mediante Resolución motivada, o en todo caso si se firmara el contrato de la Buena Pro podríamos colocar dentro del mismo un articulado como lo establecido en el Contrato de Licitación Publico Internacional señalado anteriormente, pero de una forma mas completa y precisa.

Como podemos ver, todas estas dificultades que se presentan en este punto de la relación de los grupos de sociedades con las contrataciones y adquisiciones del Estado, guardan estrecha vinculación con el tema de esta tesis y que es, hasta que punto es beneficioso regular el

concepto de grupo de sociedades. Por ello, se hace necesario dar un concepto a esta figura, para que de esta manera las diferentes instituciones acudan a esta figura en el momento de elaborar sus contratos, de juzgar, de adecuar sus regulaciones, etc., tal como lo hace España que cuando se quiere referir a un concepto de Grupo y control pues las diversas instituciones del Estado acuden al artículo 42° de su Código de Comercio, y que es el punto de partida para resolver todo tipo de dificultades y problemas con relación al reconocimiento de la existencia de los *grupos de sociedades*.



CONCLUSIONES

- Como hemos visto, el derecho comparado sugiere una regulación más completa de los grupos de sociedades (tal como está sucediendo en Alemania y ahora en España con su Proyecto de Código de Sociedades Mercantiles). Por eso una futura regulación tendrá que considerar dos temas fundamentales y que son: i).- La protección de los accionistas minoritarios en las sociedades controladas (no solo en aquellas que cotizan en Bolsa); y ii).- La protección de los acreedores de las sociedades controladas o dominadas (o filiales como en algunos países lo denominan así), haciendo responder también a la sociedad holding con el patrimonio que tiene en todo el grupo.
- La economía de mercado requiere de la existencia de grupos de sociedades con el fin de hacerlo más dinámico con el propósito de atraer inversiones y ha la vez buscar el aprovechamiento de los recursos de dichos grupos para las economías de los países en donde estos se constituyen o inviertan.. Asimismo, también es importante dentro de una economía de mercado ya que sirve para mejorar su funcionamiento mediante el perfeccionamiento técnico – jurídico del mismo.
- En el Perú actualmente existe una regulación dispersa que se encuentran señaladas en las normativas propias de cada Institución, como por ejemplo: CONASEV, INDECOPI, SBS, SUNAT. Por lo tanto, urge dar para nuestro País una regulación no que sea amplia y que abarque muchos estamentos, sino la idea es dar definiciones generales sobre el tema y que se adecue a nuestra realidad, es decir dar una ley marco legal lo suficientemente flexible no rígido de tal forma que no vulnere los intereses de las normas sectoriales. Por ejemplo, como lo hace España en donde las diferentes regulaciones de cada Institución Pública acuden al Artículo 42° la Ley de Comercio Español, cuando tiene algún inconveniente en saber cuándo están frente a un grupo de sociedades, o en su caso dichas Instituciones toman como referencia al figura mercantil del Grupo de Sociedades para colocarlo en sus respectivas legislaciones.
- Es necesario la regulación de estos grupos ya que si bien representan ventajas para la economía de un País, también pueden representar (si abusan de sus posición) distorsionamientos al correcto desenvolvimiento de la misma.

- El último capítulo evidencia un análisis de la elevada concentración accionarial de las grandes sociedades así como la tendencia hacia un modelo de control desde adentro hacia las sociedades que integran el Grupo; esto quiere decir que se reduce el número de sociedades independientes para pasar hacia un modelo mega societario.
- Con relación a las políticas de buen gobierno corporativo y su impacto en los grupos de sociedades, sin duda marcan una nueva concepción del derecho en el mercado. Ya que los inversores en general (desde el mas pequeño hasta el mas sofisticado), han adquirido plena conciencia de su importancia fundamental y, efectivamente estos están decididos a pagar una prima (plus) sustanciosa por los títulos de una sociedad bien gobernada, que en el caso de un grupo de sociedades esta se ve plasmada no solo de la misma sociedad sino también a través de las directrices emanadas por la controlante o cabeza de grupo. Por ello, el gobierno corporativo es tan importante ya que ayuda a mejorar el rendimiento de las inversiones así como también a reducir sus riesgos y colocando a la sociedad o grupo de sociedades en un lugar preferente en el mercado.
- Con relación a la responsabilidad de los accionistas de control, a la fecha hay en todas las normativas extranjeras e incluso la peruana dispositivos que regulan el régimen de responsabilidad de los administradores más no de los accionistas de control, pero nosotros creemos de que efectivamente se debería de extender ese régimen o en su caso dejar los cimientos del régimen de responsabilidad extracontractual para aquellos (accionistas de control). Por tanto, es preciso de que exista un deber impuesto a tal accionista, a raíz de la constitución efectiva de una relación principal / agente, y que producto del incumplimiento se desencadene por dicha relación la aplicación de la regla de la responsabilidad por el hecho de otro.
- Con relación al Derecho de Trabajo, es necesario plantear una regulación unitaria del fenómeno de los grupos de sociedades en dicha disciplina o en su caso hacer una mención expresa al mismo a propósito de la regulación de las instituciones jurídicas con las que se relaciona. Sin embargo, en nuestro País sólo existen normas sectoriales dispersas y que no es como en España en donde todas las normas sectoriales suelen remitirse al Código de Comercio en donde asumen un concepto de Grupo de Sociedades (dicha figura tiene carácter patrimonialista), así

como también se aplican las soluciones jurisprudenciales para los problemas que se presentan en relación con dicha figura. En cambio, en el Perú no existe nada de esto ni criterios jurisprudenciales, ni una norma en donde puedan acudir los diferentes órganos sectoriales. Por ello, se hace necesario contar con una regulación para este fenómeno de los grupos de sociedades, el mismo que puede ser construida con las doctrinas que hoy por hoy se encuentran muy acabadas, legislaciones comparadas, legislación nacional, jurisprudencia para el caso de los supuestos, así como por un poco de imaginación y lógica jurídica.

- Con relación al derecho de separación del accionista pues estamos de acuerdo que en una futura regulación de grupos de sociedades sea considerado en un articulado este derecho, ya que dichos accionistas son socios y tienen dividendos, por tanto este derecho es innegable así como inherente a la persona titular de las acciones. Una solución podría ser otorgarse o darse la separación a cambio de una compensación, pudiendo ser ésta semestral o anual, siempre y cuando así lo decida el Grupo es decir en este caso el dominante.
- Finalmente, urge dar un Código de Comercio o en su caso proseguir con la aprobación del Proyecto de Ley Marco del Empresariado en donde se señalen una nueva regulación de las figuras jurídicas mercantiles así como también la inclusión de la regulación de otras nuevas figuras jurídicas como es el caso del Grupo de Sociedades, y que viene siendo aplicado en diferentes países tal es el caso de España y Francia. O en todo caso, se podría hasta considerar de ordenar en un solo Código todo lo concerniente a las sociedades mercantiles, como lo ha propuesto España, eliminando para ello diversas formas societarias que establece nuestra ley general de sociedades ya que no son muy utilizados en nuestro quehacer económico – empresarial, como por ejemplo es el caso de la Sociedades en Comanditas.

REFERENCIAS

- Código Civil Español (29 de julio de 1889). Recuperado del sitio de internet: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/ccem.htm>
- Ley N° 43/1995, Ley de Impuesto Sobre Sociedades. (27 de diciembre 1995). Recuperado del sitio de internet: <http://www.aeat.es/normlegi/sociedades/ley/home.html>
- Real Decreto Legislativo N° 4/2004, Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. (05 de Marzo de 2004). Recuperado del sitio de internet: <http://a104.g.akamai.net/f/104/3242/15m/www.aeat.es/descarga/rdleg42004.pdf>
- Real Decreto Legislativo 1564/1989, Texto Refundido de la Ley General De Sociedades Anónimas. (22 de Diciembre). Recuperado del sitio de internet: http://www.ffes.org/ffes/docs_legislacion/LeySA.pdf
- Ley N° 18/1982, Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional. (26 de mayo de 1982). Recuperado del sitio de internet: http://www.derecho.com/xml/disposiciones/trini/disposicion.xml?id_disposicion=31943
- Ley N° 12/1991, Ley de Agrupaciones de Interés Económico. (29 de abril de 1991). Recuperado del sitio de internet: http://www.derecho.com/xml/disposiciones/trini/disposicion.xml?id_disposicion=31881
- Ley Foral 24-1996 y su Reglamento aprobado por Decreto Foral 282-1997, Impuesto de Sociedades en Navarra. Recuperado del sitio de internet: <http://www.fiscalnavarra.net/ISociedades/>,
<http://www.fiscalnavarra.net/ISociedades/isregespecintrod.asp>
<http://www.fiscalnavarra.net/ISociedades/ISplantilla.asp?id=33>
- R.D. N° 262, Código Civil Italiano. (16 de marzo de 1942). Recuperado del sitio de internet: <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/eur/lxweita.htm>
- Ordenanza N° 67-821, Ley de Grupos de Interes Economico Frances. (23 de setiembre de 1967).
- Ley N° 2000-93, Code des Societes Commerciales. 03 de noviembre de 2000). Recuperado del sitio de internet: <http://www.jurisitetunisie.com/tunisie/codes/cs/cs1000.htm>

- Ley N° 22.90, Ley de Uniones Transitorias de Empresas. (09 de setiembre 1983). Recuperado del sitio de internet: <http://webs.satlink.com/usuarios/c/colabro/inst018.htm>
- Ley N° 19.550 y reformado por la ley 22.903, Ley De Sociedades Comerciales (T.O. 1984). (20 de marzo de 1984). Recuperado del sitio de internet: http://apuntes.rincondelvago.com/ley-19_550-de-sociedades-comerciales-en-argentina.html
- Reglamento CEE N° 4064/89 del Consejo, Control De Las Operaciones De Concentración Entre Empresas (21 de diciembre de 1989) Recuperado del sitio de internet: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=Regulation&an_doc=1989&nu_doc=4064
- Reglamento (CE) n° 1310/9, Control De Las Operaciones De Concentración Entre Empresas del Consejo (30 de junio de 1997) que se modifica el Reglamento (CEE) n° 4064/89. Recuperado del sitio de internet: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=Regulation&an_doc=1997&nu_doc=1310
- Resolución COM (2002) 711 final – 2002/0296(CNS), (2003/C20/06), Propuesta de Reglamento del Consejo Sobre el Control de las Concentraciones entre Empresas. (reglamento comunitario). (28 de enero de 2003)
- Reglamento CEE N° 2137/85, Reglamento Relativo a la Constitución de una Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE). (25 de julio de 1985). Recuperado del sitio de internet: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=Regulation&an_doc=1985&nu_doc=2137
- Ley de Sociedades con Participación Extranjera. (04 de julio de 1991 y revisada en mayo de 1996). Recuperado del sitio de internet: <http://www.google.com/search?q=Ley+de+Inversiones+Extranjeras+del+04+de+Junio+de+1991+en+Polonia&hl=es&lr=&ie=UTF-8&oe=UTF-8&start=10&sa=N>
- Nueva Ley Sobre Actividades Económicas Polaca. (01 de enero de 2001). Recuperado del sitio de internet: <http://www.google.com/search?q=Ley+de+Inversiones+Extranjeras+del+04+de+Junio+de+1991+en+Polonia&hl=es&lr=&ie=UTF-8&oe=UTF-8&start=10&sa=N>
- Ley de la Empresa e Iniciativa Empresarial Ruso (enero de 1991). Recuperado del sitio de internet: <http://www.ucm.es/info/ec/jec5/pdf/area4/area4-15.pdf>
- Ley de Privatización de las Empresas Estatales y Municipales de la Federación Rusa (junio de 1992). Recuperado del sitio de internet: <http://www.ucm.es/info/ec/jec5/pdf/area4/area4-15.pdf>

- Ley de Quiebras Chino. (noviembre de 1988). Recuperado del sitio de internet: http://www.cipe.org/publications/fs/ert/s32/s32_01.htm
- Ley N° 10.406, Nuevo Código Civil Brasileño 2003. (10 de enero de 2002 y entro en vigencia 11 de enero del 2003). Recuperado del sitio de internet: <http://www.sebraesp.com.br/ncc/abertura/ncc.asp>
- Ley N° 6.404, Ley de Sociedades por Acciones Brasileiro que reglamenta la figura del Consorcio de manera general. (15 de diciembre de 1976).
- Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Tratado de Roma. (25 de marzo de 1957)
Recuperado del sitio de internet: <http://www.mir.es/pnd/legisla/pdf/i12.pdf>
- Ley de Sociedades Anónimas. (06 de setiembre de 1965). Recuperado del sitio de internet: <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/aktg/gesamt.pdf>
- Texto Unico Ordenado De La Ley Del Impuesto General A Las Ventas E Impuesto Selectivo Al Consumo D.S. N° 055-99-EF. (15 de abril de 1999). Recuperado del sitio de internet: <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/igv/ley/index.html>
- Reglamento de la Ley Del Impuesto a la Renta D.S. N° 122-94-EF. (21 de setiembre de 1994). Recuperado del sitio de internet: <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/renta/regla/index.html>
- Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal. (07 de octubre del 2002). Recuperado del sitio de internet: <http://www.indecopi.gob.pe/legislacionyjurisprudencia/crp/leyconcursall.asp>
- Resolución CONASEV N° 00009-2002-EF/94.10, Precisan Conceptos del Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico. Recuperado del sitio de internet: http://www.conasev.gob.pe/sil/Sil_detbusqueda.asp?p_norma=RC_0000200200009&p_disposic=0&p_nroartic=001
- Resolución CONASEV N° 722-1997-EF/94.10, Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico. (29 de noviembre de 1997). Recuperado del sitio de internet: http://www.conasev.gob.pe/sil/Sil_detalle.asp?p_cnorma=RC_07221997000000&p_codseccion=II
- Resolución SBS N° 446-2000, Reglamento para la Supervisión Consolidada de los Conglomerados Financieros y Mixtos. (30 de junio de 2000). Recuperado del sitio de internet: <http://www.sbs.gob.pe/>
- Resolución SBS N° 445-2000, Normas Especiales sobre Vinculación y Grupos Económicos. (01 de julio del 2000). Recuperado del sitio de internet: <http://www.sbs.gob.pe/normas/resolfin.htm>
- Ley N° 26702, Texto Concordado de la Ley General Del Sistema Financiero y del Sistema De Seguros y Organica De La Superintendencia De Banca Y Seguros.

- (09 de diciembre de 1996). Recuperado del sitio de internet:
<http://www.sbs.gob.pe/>
- Ley N° 26887, Ley General De Sociedades Peruano. (09 de diciembre de 1997).
Recuperado del sitio de internet:
<http://www.leyes.congreso.gob.pe/Imágenes/Leyes/26887.pdf>
- D. Legislativo N° 295, Código Civil Peruano. (24 de julio de 1984). Recuperado del sitio
de internet: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/LeyNume.asp>
<http://www.leyes.congreso.gob.pe/Imágenes/DecretosLegislativos/00295.pdf>
- Constitución Política del Perú. (1993). Recuperado del sitio de internet:
<http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Peru/per93.html>
- Resolución N° 200-2001-SUNARP/NS, Reglamento del Registro de Sociedades. (27 de
julio de 2001). Recuperado del sitio de internet:
<http://www.sunarp.gob.pe/homepage.asp>
- D. Supremo N° 083-2004-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y
Adquisiciones del Estado y su Reglamento. (12 de Febrero de 2001). Recuperado
del sitio de internet: [http://www2.osinerg.gob.pe/MarcoLegal/pdf/TUO-
LCAE.pdf](http://www2.osinerg.gob.pe/MarcoLegal/pdf/TUO-LCAE.pdf)
- Reglamento de la Ley De Contrataciones y Adquisiciones Del Estado. Recuperado del
sitio de internet:
[http://www.consucode.gob.pe/htmls/legislacion/index_legislacion.asp?legislacio
n=http://www.consucode.gob.pe/htmls/legislacion/reglamento_ley/RegGen.htm](http://www.consucode.gob.pe/htmls/legislacion/index_legislacion.asp?legislacion=http://www.consucode.gob.pe/htmls/legislacion/reglamento_ley/RegGen.htm)
- D. Supremo N° 054-99-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta.
(14 de abril de 1999). Recuperado del sitio de internet:
<http://www.sunat.gob.pe/legislacion/renta/ley/index.html>
- D. Legislativo N° 701 del 5 de noviembre de 1991. (7 de noviembre de 1991). Modificado
por Decreto Ley N° 25868. (24 de noviembre de 1992). Decreto Ley N° 26004.
(27 de diciembre de 1992). Decreto Legislativo N° 788. (31 de diciembre de
1994). Decreto Legislativo N° 807. (18 de abril de 1996). Disponen la
Eliminación de las Practicas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre
Competencia. Recuperado del sitio de internet:
http://www.indecopi.gob.pe/legislacionyjurisprudencia/clc/dec_leg701.asp
- Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Anti oligopolio del Sector Eléctrico. (19 de
noviembre de 1997). Recuperado del sitio de internet:
<http://www.indecopi.gob.pe/legislacionyjurisprudencia/clc/ley26876.asp>
- Decreto Supremo N° 017-98-ITINCI, Reglamento de la Ley de Antimonopolio y
Antioligopolio del Sector Electrico. (16 de octubre de 1998). Recuperado del sitio
de internet: <http://www.sindes.org/anexos/03/ds017-98-itinci.pdf>

Decreto Supremo N° 29-94-EF, Reglamento de la Ley Del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo. (29 de marzo de 1994). Recuperado del sitio de internet: <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/igv/regla/index.html>

Decreto Legislativo N° 861-1996, Ley de Mercado De Valores. (22 de octubre de 1996). Recuperado del sitio de internet: http://www.conasev.gob.pe/sil/Sil_detalle.asp?p_cnorma=DLG0000199600861&p_codseccion=I

Decreto legislativo N° 862-1996, Ley de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras. (22 de octubre de 1996). Recuperado del sitio de internet: http://www.conasev.gob.pe/sil/Sil_detalle.asp?p_cnorma=DLG0000199600862&p_codseccion=XIII

Decreto Supremo N° 004-98-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 014-2003-EF, Reglamento de la Ley del Sistema Privado de Pensiones. Recuperado del sitio de internet: <http://www.sbs.gob.pe/>

Ley N° 26361-1994, Ley Sobre Bolsa de Productos (30 de setiembre de 1994). Recuperado del sitio de internet: http://www.conasev.gob.pe/sil/Sil_detalle.asp?p_cnorma=LEY0000199426361&p_codseccion=XVIII

Decreto Ley N° 21907 – 1977, Empresas Administradoras de Fondos Colectivos. (01 setiembre de 1977). Recuperado del sitio de internet: http://www.conasev.gob.pe/sil/Sil_detalle.asp?p_cnorma=DL_0000197721907&p_codseccion=XX

Ley N° 22014 – 1977, Empresas Administradoras de Fondos se Constituirán como Sociedades Anónimas. (05 de diciembre de 1977). Recuperado del sitio de internet: http://www.conasev.gob.pe/sil/Sil_detalle.asp?p_cnorma=LEY0000197722014&p_codseccion=XX

Legislación Norteamericana. The Sherman Act (1890). Recuperado del sitio de internet: <http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust/statutes/sherman.html>

Legislación Norteamericana. The Clayton Act (1914). Recuperado del sitio de internet: <http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust/statutes/clayton.html>

Legislación Norteamericana. Federal trade comisión act Eeuu. Recuperado del sitio de internet: <http://www.fda.gov/opacom/laws/ftca.htm>

Resolución N° 220-2000 de la Comisión Nacional de Valores de Venezuela, Normas Sobre Ofertas Públicas De Adquisición, De Intercambio y Toma de Control de Sociedades que Hacen Oferta Publica de Acciones y Otros Derechos. Recuperado del sitio de internet: <http://www.badellgrau.com/normasopa.htm>

Ley N° 18.046, Ley Sobre Sociedades Anónimas. Recuperado del sitio de internet: <http://www.colegioabogados.org/normas/leyes/18046-sa.html>

- Ley N° 18.045, Ley de Mercado de Valores. Recuperado del sitio de internet: http://www.svs.cl/sitio/html/legisl_normativa/f_legis.html
- Ley N° 01/1999, Ley de Mercado de Valores. (08 de julio de 1999). Recuperado del sitio de internet: <http://www.legalinfo-panama.com/legislacion/comercial/dl11999-1.pdf>
- Proyecto de Ley General Del Trabajo (febrero 2004). Recuperado del sitio de internet: http://www.congreso.gob.pe/anteproyectos/ley_general_trabajo.pdf
- Informe Winter. (04 de NOVIEMBRE de 2002). Recuperado del sitio de internet: http://www.iconsejeros.com/funciones/docs_download/Informe_winter.pdf
- Informe Aldama . (08 de enero de 2003). Recuperado del sitio de internet: <http://www.cnmv.es/publicaciones/informefinal.pdf>
- Código de Olivencia. (26 de febrero de 1998. España. Ver en. http://www.etnor.org/html/pdf/pub_olivencia.pdf
- Proyecto de Código De Sociedades Mercantiles Español, Elaborada por la ponencia especial de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación a propuesta del Ministerio de Justicia Español . (06 de noviembre de 2002).
- Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV), Principios de Buen Gobierno para las Sociedades Peruanas. (julio de 2002).
- Comité Cadbury, Bolsa de Valores de Londres, Gran Bretaña. (diciembre de 1992).
- The Sarbanes – Oxley Act Of 2002 (2002). Recuperado del sitio de internet: <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/gwbush/sarbanesoxley072302.pdf>
- Directiva N° 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, Normas Relativa a las Ofertas Públicas de Adquisición. (21 de abril de 2004). Recuperado del sitio de internet: http://www.cnmv.es/delfos/DIRECTIV/DIR2004_25.pdf
- Resolución Conasev N° N° 009-2006-EF/94, Reglamento de la Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores. (2 de marzo de 2006). Recuperado del sitio de internet: http://www.conasev.gob.pe/sil/Sil_detalle.asp?p_cnorma=RC_0630199700000&p_codseccion=IV
- Delaware Code, Title 8 & 145. (2001). Recuperado del sitio de internet: <http://www.delcode.state.de.us/>
- RJ 2000, 1870 (Jurisprudencia Española) STS, RCUd. (21 de diciembre de 2000). Recuperado del sitio de internet: <http://www.poderjudicial.es/tribunalsupremo/>
- RJ 2001, 5292 (Jurisprudencia Española) STS, RCUd. (26 de diciembre de 2001). Recuperado del sitio de internet: <http://www.poderjudicial.es/tribunalsupremo/>

Real Decreto N° 1/1995, Texto Refundido de la Ley De Estatuto de los Trabajadores de España. (24 de marzo de 1995).

Real Decreto 43/1996, Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativas en Materia de Traslados Colectivos. (19 de enero de 1996).

Ley N° 95 – 12, Código de Trabajo Frances. (12 de enero de 1995).

La Directiva N° 94/45/CE, La Constitución de un Comité de Empresas Europeo. (22 de setiembre de 1994).

Real Decreto Legislativo N° 5/2000, Texto Refundido de la Ley Sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS). (4 de Agosto de 2000).

Real Decreto Legislativo 2/1995. Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral Español. (7 de abril).

Ley N° 1/2000, Ley de Enjuiciamiento Civil Español. (07 de Enero de 2000).

Real Decreto Legislativo N° 2/2000, Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. (16 de Junio de 2000). Recuperado del sitio de internet:
http://www.derecho.com/xml/disposiciones/trini/disposicion.xml?id_disposicion=34493

Ley N° 56, La Contratación Pública y se Dictan otras Disposiciones. (27 de Diciembre de 1995).

La Administración En Las Sociedades Anónimas. Aspectos Jurídicos de un Debate Judicial.

Código Conthe. (2006). Recuperado del sitio de internet:
<http://www.eleconomista.es/mercados-cotizaciones/noticias/18237/05/06/La-CNMV-aprueba-el-Codigo-Conthe-de-Buen-Gobierno-corporativo.html>

Ley N° 20.123, Ley De Subcontratacion Laboral. Recuperado del sitio de internet:
<http://www.union-network.org/uniamericas.nsf/7374c1e422298f00c1256b8f00343a85/9c1d6393984cb758c12571ce0068ad5a?OpenDocument>

BIBLIOGRAFÍA

- Allayannis, G. y Miller, D. (2003). *Corporate Governance and the Hedging Premium Around the World*. EEUU
- Ariño, G. (1995). *Principios Constitucionales de la libertad de la empresa*. Madrid: Marcial Pons.
- Ascarelli, G. (1995). *Principios Constitucionales de la libertad de empresa*. España: Marcial Pons.
- Baghat, S. y Romano, R. (2001). Events Studies and the Law. Part. II: *Empirical Studies of Corporate Law*. Yale International Center for Finance, EEUU, (33)
- Balestra, R. (1997). *Derecho Internacional Privado (parte especial)*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Bañales, R. y Fernandez Ruiz, J. (1968). *Estructura del Derecho Empresarial* (2ª ed.). Bilbao: Deusto.
- Barclay, M. y Holderness, C. (1992). The Journal of Law and Economics. *The Law and Large Block Traders*. EEUU.
- Beaumont, R. (1998). *Comentarios a la Nueva Ley General de Sociedades*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Bello, M. (1997). *Concentración de Empresas de Dimensión Comunitaria*. Pamplona: Arazandi.
- Boldo, C. (1993). *El levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*. Madrid: Tecnos.

- Brealey, R. y Myers, S. (1991). *Fundamentos de financiación empresarial. Tratado Especial* (2ª ed). Madrid.
- Broseta, M. (1965). *La Empresa y la Unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos.
- Broseta, M. (1983). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos.
- Cabanellas, G. y Hoague, E. (2001). *Law Dictionary* (t. 1). Argentina: Heliasta.
- Comisión Nacional de Mercados de Valores Español. (2004). *Propiedad y Blindaje de las empresas cotizadas españolas 1996 – 2002. Dirección de Estudios y Estadísticas*. Madrid: Autor.
- Candido Paz – Ares (Enero, 2004). *El Gobierno Corporativo como estrategia de creación de valor*. Barcelona
- Comisión Federal de Competencia (1998). *Comisión Federal de Competencia de México. Informe de Competencia Económica 1997*. México: Autor.
- Conde, J. (Diciembre, 2007) ¿Existe una forma óptima de Gobierno Corporativo?. Problemas, Principios y Modelos de Propiedad y Control. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Gobierno Corporativo y Responsabilidad Social*. Lima: Asesorandina S.R.L. (64).
- Conde, J. (2008) El análisis económico del derecho, los grupos de sociedades y su relación con el gobierno corporativo en la creación de valor de las empresas. *Derecho de sociedades y gobierno corporativo*. Lima: Grijley.
- Cozian (1996). *Droit des Sociétés*. Litec.
- Christensen, R. (1976). *Empresa Multinacional y Estado – nación. Tortuosa Convivencia*. (2ª ed.). Buenos Aires: Depalma.

- Claessens, V. y Lubrano, M. (2002). *Corporate Governance Reform Siques in the Brazilian Equito Markets*.
- Cuervo, A. (2002). *Corporate Governance mechanisms: a plea for less code of good governance and more market control. Corporate Governance. 10 (2)*.
- Danielson, M.C. y Karpoff, J. M. (1998). *On the uses of corporate governance provisions. Journal of Corporate Finance. EEUU. (4)*.
- De Angelo, H. y Rice, E. (1983) *Antitakeover Amendments and Stockholder Wealth. Journal of Financial Economics. EEUU.*
- De Angelo, H. y De Angelo, L. (1985) *Managerial Ownership of Voting Rights. Journal of Financial Economics. EEUU.*
- De Solá, F. (1957). *Tratado de las sociedades por acciones en el Derecho Comparado (t. II)*. Buenos Aires: Tea.
- Diccionario Enciclopédico Ilustrado Sopena. (t. 1)*. Barcelona: Ramón Sopena S.A.
- Dictionnaire Permanent du Droit des Affaires. (1998)*. Paris.
- Eguez, J. (2003) Squeeze – Outs en el Derecho Peruano. *Revista de Derecho ADVOCATUS. (8)*
- Elías, E. (1998). *Ley General de Sociedades comentada. Trujillo*. Lima: Normas Legales.
- Embrid, J. (1987). *Grupos de Sociedades y Accionistas Minoritarios. La Tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*. Madrid: Centro de Publicaciones y Secretaria General y técnica del Ministerio de Justicia.
- Embrid, M. (1985). *Caracterización jurídica del grupo de sociedades y su significado en el derecho del trabajo (t. I)*. España: RL.

- Ermida, O. (1984). *Empresas Multinacionales y derecho laboral*. Montevideo: Amalio M. Fernández.
- Estape, F. (1959). *La quiebra de la Barcelona Tracción Light Power and Company Ltd.* Barcelona: Grafesa.
- Etcheverry, R. (1987). *Derecho Comercial y Económico (Parte General)*. Buenos Aires: Astrea.
- Fernández Ruiz, J. y Beldarrain Garin, M. (1981). *El Derecho y la Empresa*. Bilbao: Deusto.
- Ferro, J. (1961). *Empresas Controladas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Flint Blanck, P. (1988). *Derecho Empresarial (2ª ed.)*. Universidad ESAN, Escuela de Administración de Negocios para Graduados. Lima: Librería Studium.
- Flint Blanck, P. (1999). *Grupos de Poder y Derecho en el Perú (vol. V)*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Colección Biblioteca de Derecho Político.
- Forum Europaeum. Por un derecho de los grupos de sociedades para Europa. *Revista de Derecho Mercantil*. (232).
- Forum Europaeum. (2000). *Corporate Group Law for Europe*. Stockolm.
- Garrigues, J. (1979). *Curso de Derecho Mercantil (t. I)*. México: Porrúa.
- Garrigues, J. (1987). *Curso de Derecho Mercantil*. (t. I – II). Bogotá: Temis.
- García, J. (2000) *Los Grupos de Sociedades y la Concentración de Empresas (Consideraciones Generales)*. Catedrático Derecho Mercantil de la Universidad de la Coruña

- Grossman, S. y Hart, O. (1980). *Takeover Bids, the Free-Rider Problem and the Theory of the Corporation*. *Bell Journal of Economics*.
- Guasp, J. (1952). *La quiebra de la Barcelona Tracción Light and Power Co. Ltd.* Barcellona: Imprenta Elzeviriana.
- Guyenot, J. (1973). *Los Grupos de Interés Económico*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América.
- Halperin, I. (1982). *Curso de Derecho Comercial*. Buenos Aires: Depalma.
- Hansmann, H. y Kraakman, R. (2000). The Essential Role of Organizational Law. 110. *Yale Law Journal* (387). EEUU.
- Herzel, L. (1984) Establishing Procedural Fairness in Squeeze – Out Mergers after Weinberger Vs. UOP. *Business Lawyer*.
- Hermalin, B. y Weisbach, M. (abril 2003). Board of Directors as an Endogenously Determined Institution: A Survey of Economics Literature. *Economic Policy Review*. EEUU.
- Hundskopf, O. *La Protección Jurídica de los Grupos de Empresas dentro del Derecho Mercantil Peruano*. Lima.
- Hundskopf, E. (Enero – Diciembre 2000). El Contrato de Grupo. Razones para regular los Grupos de Empresas bajo un Contrato. *Revista de Derecho IUS ET PRAXIS*. (31). Lima.
- Hundskopf, E. (2000). *Derecho Comercial. Temas Societarios* (t. III). Lima: Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima. 1era.
- Informe Aldama. (08 de Enero de 2003). *Informe de la comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas*.

- Instituto Apoyo. (1998). *Economía para todos (texto y guía de consulta)*. Lima: Editorial Bruño e Instituto Apoyo.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección De La Propiedad Intelectual (INDECOPI). (noviembre 1997). *Informativo intitulado. Lima (Perú), Instituto nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)*. Lima: Autor.
- La Porta, R. , Lopez, F., Shleifer, A. y Vishny, R. *Law and Finance. Journal of Political Economy* (vol. 106). (6).
- Lebron, D. (1991). Limited Liability, Tort Victims, and Creditors. 91. *Columbia Law Review*. EEUU.
- Le Pera, S. (1979). *Cuestiones de Derecho Comercial Moderno*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Levine, R. y Beck, T. (2000). Financial Intermediation and Growth: Causality and Causes. *Journal of Monetary Economics*. 46 (31).
- Levine, R. (1997). Financial Development and Economic Growth: Views and Agenda. *Journal of Economic Literature*. 35.
- Loke, A. (2002). Law & Economics Approach to Reforming Asian Corporate Governance. *Company and Securities Law Journal*. 20.
- Macey, J. (1998) Measuring the Effectiveness of Different Corporate Governance Systems: Towards a More Scientific Approach. *Journal of Applied Corporate Finance*.
- Malatesta, P. y Walking, R. (setiembre 1986). Poisson Pill Securities: Stockholder Wealth, Profitability and Ownership Structure. *Working Paper. University of Washington*. EEUU.

- Martínez, P. (1999). *La Protección de los socios externos en los grupos de sociedades*. Zaragoza: Publicaciones del Real Colegio de España.
- Martínez, J. (1979). *Derecho Mercantil*. Madrid: Bosh Casa Editorial.
- Martorell, E. (1996). *Los Contratos de Dominación Empresarial y la Solidaridad Laboral*. Buenos Aires: Depalma.
- Martorell, E. (1991). *Los Grupos Económicos y de Sociedades*. Buenos Aires: Ad-Hoc. Buenos Aires.
- Mascareñas, J. (2005). *Fusiones y Adquisiciones de Empresas* (4ª ed.) Madrid: McGraw-Hill.
- Mena, M. (1986). *La empresa en el Perú*. Lima: Cultural Cuzco Editores.
- Messineo, F. (1979). *Derecho Civil y Comercial*. (t. I y II). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Monge, Á. (1993). *Las Agrupaciones de Interés Económico*. Madrid: Tecnos.
- Monereo Perez, J. y Molina Navarrete, C. (1999). *La negociación colectiva en los grupos de empresas: problemas, tendencias y perspectivas*". 98. España.
- Montoya, U. (1999). *Derecho Comercial* (10ª d.) (t. I). Lima: Editora y Distribuidora Jurídica Grijley.
- Morales, A. (1990), *Los grandes cambios en el Derecho Privado Moderno*. Lima: Asesorandina.
- Morales Corrales, P. y De Los Heros Pérez-Abela, A. (1998). *Manual de jurisprudencia laboral*. (t. I y II) Lima: Editorial y Productora Grafica Nuevo Mundo.

- Navarrete, C. (2000) *La regulación jurídico-laboral de los grupos de sociedades: problemas y soluciones*. Granda: Comares.
- Ojeda, A. *El control sindical de las empresas en Italia*. Instituto de Estudios Sociales y Ministerio de Trabajo.
- Palomino, T. (1994). *El Derecho del Trabajo en el siglo XXI*. Lima: Juris Laboral.
- Payet, J. Empresa, Gobierno Corporativo y derecho de Sociedades. *Revista de Derecho THEMIS*. 46.
- Powell, F. (1931). *Corporaciones controlantes y subsidiarias*. Chicago: Callaghan.
- Otaegui, J. (1984). *Concentración Societaria*. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma.
- Quiroga Glave, M. y Rodríguez Cevallos, M. (agosto 1997). *La Concentración de Empresas y la Libre Competencia*. Lima: Fondo M.J. Bustamante De La Puente y Cultural Cuzco.
- Rancel Charles, J. y Sanromán Aranda, R. (1995). *Derecho de los negocios (tópicos de Derecho Privado)*. México: Thomson Editorial Mexicana.
- Report of the high level group of company law experts on a modern regulatory framework for company law in Europe (Informe Winter)*. (november 2002).
- Salvador, P. y Gomez, C. (2002) Respondeat Superior II. *InDret*. 3.
- Sempere Navarro, A. y Areta Martinez, M. (2004). El Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresas: Inventario. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. 48.
- Simo, V. (1976). *Las Nuevas Potestades Económicas. Empresas Multinacionales, Internacionales y de Derecho Uniforme*. Madrid: Tecnos.
- Talledo, C. y Calle, J. (1990). *Manual Societario* (t. I). Lima: Economía y Finanzas.

Tarzijan, J. y Paredes, R. (2003). *Organización Industrial para la estrategia empresarial*. Santiago: Prentice Hall y Pearson.

Torres y Torres, C. (1987). *Derecho de la Empresa. Teoría de la Empresa y Materiales de Trabajo*. Lima: Editorandina.

Uria, R. (1994). *Derecho Mercantil* (21ª ed.). Madrid: Ediciones Jurídicas Marcial Pons.

Vanhaecke, M. (1962). *Los Grupos de Sociedades*. París: Librería General de Derecho y Jurisprudencia.

Zingales, L. (1995) What Determines the Value of Corporate Votes?. *Quarterly Journal of Economics*.

Zingales, L. (1994). The Value of the Voting Right: A Study of the Milan Stock Exchange Experience. *The Review of Financial Studies*.

<http://ssrn.com/abstract=460987>

http://v2.lex.com/es/asp/canales_noticias.asp?articulo=163368&tipo=11

http://v2.lex.com/es/asp/canales_noticias.asp?articulo=163367&tipo=11

www.minproduccion.gov.ar

www.enre.gov.ar

<http://www.grupcies.com/boletin/boletin08s.html>

http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/SSRN_ID268285_code010409500.pdf?abstractid=268285

<http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/000619306.pdf?abstractid=233111>

<http://rru.worldbank.org/documents/>

http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/SSRN_ID303979_code020319500.pdf?abstractid=303979

<http://caselaw.lp.findlaw.com/cascode/uscodes/42/chapters/103/toc.html>

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l62-2003.t5.html

<http://www.delcode.state.de.us/>

<http://www.poderjudicial.es/TribunalSupremo/Default.asp?OpcionWeb=cgpi>

<http://www.uria.com/htm/esp/publicaciones/actualidadjca/n3/art03.pdf>

www.indret.com

<http://www.mtas.es/publica/revista/default.htm>

http://www.ccoo.es/legislacion/RD1_1995.htm#1.4

http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=es&numdoc=31996L0071&model=guichett

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/RechercheSimplePartieCode?commun=CTRAVA&code=CTRAVAIL.rcv>

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/RechercheSimplePartieCode?commun=CTRAVA&code=CTRAVAIL.rcv>

http://www.actuaris.org/Descarregues/Legislacio/RD_1589-1999_modificacion_reglamento.pdf

<http://www.jurisweb.com/boletin/boletin22/Real%20decreto%201589%201999.htm>

<http://www.ugt.es/DatoBasico/lisos15.pdf>

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/rdleg2-1995.11t2.html#c1

http://www.derecho.com/xml/disposiciones/trini/disposicion.xml?id_disposicion=3449

[3](#)

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l48-1998.html



ANEXO

AYUDA MEMORIA DEL PROYECTO DE LEY

El presente proyecto de ley de esta obra ha sido elaborado en parte en el seno de la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Grupos de Empresas del cual tuve el privilegio de integrar en calidad de Secretario Técnico mediante Resolución Vice-Ministerial N° 004- 2000-JUS y que se creó por Resolución Ministerial 001-2000-JUS del 13 de enero de 2000 el cual estuvo integrado por distinguidos profesionales tales como: Oswaldo Hundskopf Exebio, Ricardo Beaumont Callirgos, Alfredo Bullard Gonzales, Baldo Kresalja Rosello, Hernando Montoya Alberti, Alonso Morales Acosta, Fernando Elías Mantero, Juan Manuel Echevarría Arellano y Raúl Aza Derteano, el mismo que posteriormente, mediante Resolución Ministerial 022-2000-JUS del 26 de enero de 2000, se nombró como integrante de la referida Comisión al Dr. Emil Ruppert Yañez quien integraría la misma en reemplazo del Dr. Baldo Kresalja Rosello. Esta ayuda memoria no es para comentar cada uno de los artículos del proyecto ya que el mismo significa la conclusión de toda esta obra y a la vez la posición final por la que he llegado en concordancia en parte con la Comisión ya que se le ha agregado al Proyecto de Ley que se elaboró y se entrego en Enero de 2001, algunos otros articulados y que a mi parecer ayudarían a quedar perfeccionado este Proyecto de Ley que se entrego después de haber sido trabajado durante casi 1 (un) año. Finalmente, sería necesario nuevamente retomar el debate de dar una normativa sobre los grupos de sociedades para nuestro país, esto con el propósito de no solo crear una nueva figura jurídica la misma que ya se encuentra reguladas en legislaciones europeas y que hacia nuestro lado, solo Chile esta tomando cada vez con mas fuerza la posible variación del concepto de empresa por el de grupos de empresas a raíz de la normativa que se ha dado con la ley de subcontratación laboral, esto a raíz de mi recientes viajes a Argentina y Chile. Antes nosotros estábamos a la vanguardia hoy son otros, lo que nos queda es ponernos de acuerdo desde el ámbito empresarial, político y jurídico y comenzar nuevamente a tomar esa vanguardia y que tanto se ha venido a menos.

PROYECTO

LEY N° XXXXXXXX

El Presidente de la Republica

POR CUANTO:

El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente:

El Congreso de la República:

Ha dado la Ley siguiente:

Artículo Único.- Agréguese los artículos 449°, 450°, 451°, 452°, 453°, 454°, 455° y 456° a la Ley General de Sociedades – Ley N° 26887.

Artículo 449°.- Del Contrato de Grupo.

Hay Contrato de Grupo cuando dos o mas sociedades acuerdan conformar un Grupo, sometiéndose a la dirección unificada a cargo de una sociedad u órgano controlante.

Artículo 450°.- Preferencia de los Intereses del Grupo.

Con la celebración del Contrato de Grupo, el interés de la sociedad queda subordinado al interés del Grupo y los órganos de dicha sociedad, así como sus integrantes sujetan su actuación al interés de éste.

En las sociedades partes de un Contrato de Grupo:

- a. Las referencias contenidas en los artículos 133° y 180° al interés social se entienden hechas al interés del Grupo.
- b. No procede la impugnación de acuerdos que prefieran el interés del Grupo al interés social.

Artículo 451°.- Requisitos del Contrato de Grupo.

El Contrato de Grupo debe contar por escritura pública bajo sanción de nulidad y expresará, cuando menos, lo siguiente:

1. La denominación del Grupo;
2. La designación del sujeto u órgano controlante y de las sociedades controladas;
3. El objeto, el propósito y la duración del Grupo;
4. Las condiciones para la admisión y retiro de las sociedades controladas;
5. Los órganos y cargos de la administración del Grupo, sus atribuciones y las relaciones entre la estructura administrativa del Grupo y de las sociedades que lo componen;
6. Los requisitos para la modificación del contrato y las normas relativas a la disolución del Grupo; y
7. Los demás pactos y condiciones que se establezcan.

El Contrato de Grupo y todo acto que lo modifique, regule o extinga, surte efectos frente a terceros a partir de su inscripción en la partida de cada una de las sociedades pertenecientes al grupo.

Artículo 452°.- Aprobación Previa del Contrato de Grupo.

La celebración del Contrato de Grupo deberá contar con la aprobación previa del órgano de máxima jerarquía de la sociedad, observando para tal efecto, los quórum exigidos en el estatuto para la modificación del mismo.

Artículo 453°.- Representación del Grupo.

La representación de las sociedades integrantes del Grupo corresponde a los órganos administrativos o apoderados de cada sociedad, salvo que en el Contrato de Grupo se reserven facultades de representación al sujeto u órgano controlante o a las personas que éste designe.

Artículo 454°.- Derecho de Separación.

La aprobación de la celebración de un Contrato de Grupo otorga a los socios el derecho de separación regulado por el artículo 200°, no siendo de aplicación el límite al valor que pueden fijar las partes para el reembolso de las acciones a que se refiere el sexto párrafo de dicho artículo.

Artículo 455°.- De la Responsabilidad del Grupo y sus integrantes.

Salvo disposición en contrario en el Contrato de Grupo o algún otro acuerdo, la responsabilidad de las sociedades integrantes del grupo por sus operaciones, actos y contratos es autónoma e independiente de las demás integrantes del Grupo, y se regula por las normas aplicables a cada forma societaria o asociativa.

Artículo 456°.- De la Transparencia del Grupo.

El Grupo de Sociedades constituido, además de preparar y presentar estados financieros individuales, debe preparar y difundir estados financieros consolidados que presenten la situación financiera, los resultados de las operaciones, los cambios en el patrimonio, señalar quienes salen y entran del Grupo, así como los flujos de efectivo de la sociedad controlante y sus controladas, como si fuesen lo de un solo ente.

